

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

LEILIANE SOARES DE OLIVEIRA

O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2015**

LEILIANE SOARES DE OLIVEIRA

O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor Mestre Afonso Maria das Chagas.

CACOAL - RO

2015

Oliveira, Leiliane Soares de.

O48d O dano existencial nas relações de trabalho/ Leiliane Soares de
Oliveira – Cacoal/RO: UNIR, 2015.
68 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade Federal
de Rondônia – Campus de Cacoal.

Orientador: Prof. Me. Afonso Maria das Chagas.

1. Direito do trabalho. 2. Dano existencial. 3. Garantias constitucionais.
I. Chagas, Antonio Maria das. II. Universidade Federal de Rondônia –
UNIR. III. Título.

CDU – 349.2

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

LEILIANE SOARES DE OLIVEIRA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor Mestre Afonso Maria das Chagas - UNIR - Presidente

Professora Mestra Daeane Zulian Dorst - UNIR - Membro

Professora Especialista Graciela Flávia Hack - UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal/RO, 02 de julho de 2015

Dedico este trabalho a minha família e amigos que sempre acreditaram em mim.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, criador de todas as coisas, por ter me permitido chegar até aqui e realizar esse sonho.

Agradeço aos amigos e colegas que me auxiliaram nesta jornada, sem esperar nada em troca.

E a minha amiga Vanessa Fernanda que muito me ajudou, sem reclamar de nada, apesar das dificuldades, sempre estava com um sorriso nos lábios.

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança:
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.

Luís Vaz de Camões, *in* “Sonetos”.

RESUMO

O presente estudo analisa a ocorrência do dano existencial nas relações de trabalho e possível indenização, sobretudo frente a novas configurações nas relações de trabalho não mais contempladas pela simples definição de dano moral. O conceito de dano existencial é oriundo do Direito italiano e recentemente vem sendo reafirmado no Brasil pelos tribunais e doutrinadores sobre o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Sendo parte hipossuficiente na relação de trabalho, o trabalhador a cada dia vê seus direitos sendo desrespeitados, ante a negligência do empregador. No direito do trabalho, a indenização decorrente do dano existencial vem sendo discutida pelos tribunais como forma de se dar mais efetividade aos direitos do trabalhador. Neste trabalho foi utilizado como método de interpretação o método dialético, com uma abordagem pelo método dedutivo. A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica.

Palavras-chave: Dano existencial; Direito do trabalho; Direitos e garantias constitucionais.

ABSTRACT

This study examines the occurrence of the existential damage in labor relations and possible compensation, especially in new configurations of labor relations not covered by the simple definition of moral damage. The concept of existential damage comes from the Italian law and has recently been reaffirmed in Brazil by the courts and legal scholars about the focus of the principle of human dignity and fundamental rights and guarantees provided in the 1988 Federal Constitution. Being a disadvantaged part in the employment relationship, the employee every day see their rights being infringed upon, at the employer's negligence. In labor law, the compensation due to the existential damage has been discussed by the courts as a way to give more effectiveness to the worker's rights. This work was elaborated using the dialectical method, with an approach by the deductive method. The research technique used was the bibliographical.

Keywords: Existential damage; Labor law; Rights and constitutional guarantees.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O DANO EXISTENCIAL	13
1.1 ORIGEM.....	13
1.2 CONCEITO	16
1.3 ELEMENTOS DO DANO EXISTENCIAL	19
1.3.1 Danos ao projeto de vida.....	19
1.3.2 Danos à vida de relação.....	20
1.4 O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO COMPARADO.....	21
2 O DANO EXISTENCIAL E OUTRAS MODALIDADES DE DANOS	26
2.1 DANO EXISTENCIAL <i>VERSUS</i> DANO MORAL	26
2.2 DANO EXISTENCIAL <i>VERSUS</i> PERDA DE UMA CHANCE	29
2.3 DANO EXISTENCIAL <i>VERSUS</i> DANO À IMAGEM.....	30
2.4 DANO EXISTENCIAL <i>VERSUS</i> DANO À SAÚDE (DANO BIOLÓGICO)	31
3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL.....	35
3.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	35
3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	36
3.1.2 Direitos da personalidade.....	36
3.2 DIREITOS HUMANOS	40
3.3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS	42
3.3.1 Princípio da Solidariedade	43
3.3.2 Princípio do <i>alterum non laedere</i> ou <i>neminem laedere</i>	44
4 O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	46
4.1 O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO	46
4.2 DANO EXISTENCIAL DECORRENTE DA JORNADA DE TRABALHO.....	48
4.3 O DANO EXISTENCIAL E A SAÚDE DO TRABALHADOR	51
4.4 O DANO EXISTENCIAL NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA BRASILEIRA	54

4.4.1 Caso de dano existencial decorrente de jornada de trabalho exaustiva (Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região)	55
4.4.2 Caso de dano existencial decorrente da não concessão de férias - (Tribunal Superior do Trabalho).....	57
4.4.3 Caso de dano existencial decorrente de jornada extraordinária excedente do limite legal de tolerância (Tribunal Regional da Quarta Região).	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz o princípio da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República. Os direitos fundamentais são a principal base de proteção ao Direito do Trabalho e pretendem assegurar a todo indivíduo o direito de ter uma vida digna.

Os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 regulam as relações de emprego e servem de norte para que tribunais trabalhistas concedam indenização por dano existencial, apesar de que o entendimento jurisprudencial não tenha sido este até recentemente.

O reconhecimento do dano existencial no âmbito trabalhista é recente, necessitando ainda de um estudo mais aprofundado sobre o assunto, principalmente na responsabilização do empregador, para que só então possa se dar efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

O objetivo desse trabalho é conceituar o dano existencial, diferenciando-o de outras espécies de danos, e analisar sua ocorrência nas relações de trabalho e a concessão de uma possível indenização.

A relevância do estudo do tema se justifica para a sociedade ante as inúmeras violações aos direitos dos empregados nas relações de trabalho, aliados a ameaça ao desemprego e a instabilidade econômica, os quais levam o trabalhador a sujeitar-se a uma subordinação excessiva ao empregador. Isso faz com que muitas vezes os direitos inerentes à pessoa humana não sejam observados.

O estudo do tema se justifica no meio acadêmico por ser um tema recente no ordenamento jurídico, necessitando de um estudo mais aprofundado sobre o assunto, buscando-se compreender a distinção do dano existencial de outras espécies de danos e como se dará sua aplicabilidade no caso concreto.

O método de interpretação utilizado foi o dialético, e a escolha deste método se justifica, pois, após o reconhecimento do dano existencial pelo direito italiano, existem várias discussões sobre a eficácia e aplicabilidade dessa nova categoria de dano no direito brasileiro. A utilização desse método é necessária, pois o dano existencial ainda não está consolidado na doutrina e jurisprudência brasileira, e este trabalho pretende demonstrar sua importância a partir dos fundamentos e disposições legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e também através do direito comparado.

O método de abordagem foi o método dedutivo, o qual partiu de uma análise geral, com o estudo dos direitos fundamentais constitucionais e princípios jurídicos aplicáveis ao trabalhador, bem como os direitos trabalhistas previstos na legislação brasileira, a fim de se obter uma análise particular, verificando a possibilidade do reconhecimento do dano existencial nas relações de trabalho e sua possível indenização.

Foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, pesquisando-se o posicionamento de doutrinadores e jurisprudência, com o intuito de se trazer uma nova abordagem ao tema tratado.

O conceito do dano existencial é abordado no primeiro capítulo, bem como sua origem, a qual se deu no Direito Italiano, e que após a nova definição do “dano biológico”, houve uma interpretação jurisprudencial e doutrinária de que já não era mais cabível abarcar todos os danos extrapatrimoniais sob a simples definição de “dano moral”, diferenciando-se assim, o dano existencial de outros danos.

No segundo capítulo faz-se uma diferenciação do dano existencial e outras espécies de danos. Isto se torna necessário, pois, como o conceito de dano existencial é recente, é preciso que seja definido os conceitos de cada dano extrapatrimonial passível de ser confundido com o dano existencial.

A fundamentação jurídica para o reconhecimento do dano existencial é tratada no terceiro capítulo, pois, como este ainda não faz parte da legislação brasileira, a doutrina e a jurisprudência têm-se utilizado de interpretações da própria Constituição Federal de 1988 e dos princípios jurídicos para fundamentar o reconhecimento da existência do dano existencial.

O dano existencial nas relações de trabalho é tratado no quarto capítulo, fazendo-se uma análise de possíveis causas que possam levar à ocorrência do dano

no ambiente de trabalho, bem como a possível responsabilidade do empregador e como a jurisprudência trabalhista tem abordado o assunto hodiernamente.

1 O DANO EXISTENCIAL

1.1 ORIGEM

O conceito de dano existencial teve sua origem recentemente no Direito Italiano e passou a ganhar importância após várias decisões judiciais naquele país que reconheceram a existência do dano existencial, sendo reconhecido posteriormente também pela doutrina.

A discussão sobre o tema pelos italianos demonstrou ser de inegável importância para o direito, pois admitiu-se a existência de um novo dano e diferenciando-o dos demais, que antes eram agrupados apenas sob a égide de “dano moral”, e fez com que outros países também adotassem o mesmo posicionamento jurídico.

A expressão “dano existencial” foi criada pelos professores italianos Patrizia Ziviz e Paolo Cendon, que, após vários estudos sobre os danos biológicos (ou danos à saúde), concluíram que nem todos os danos deveriam ser agrupados pelo mesmo rótulo, diferenciando, desta forma, os danos existenciais dos danos biológicos.

A responsabilidade civil no direito italiano, segundo Soares (2012, p. 41) está fundamentada no Código Civil, nos artigos 2.043 (*Risarcimento per fatto illecito- Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*).¹ e 2.059 (*Danni non patrimoniali- Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge* [Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598]).²

O primeiro artigo é a base legal para a responsabilidade civil por danos materiais. E o segundo é utilizado como fundamento para indenizações por danos imateriais. Entretanto, segundo o artigo 2.059, só há responsabilidade civil nos casos previstos em lei, citando como exemplo o artigo 185 do Código Penal Italiano, o qual obriga o culpado, ou as pessoas que respondam por ele, a reparar o dano decorrente de um crime.

¹ Ressarcimento por fato ilícito: qualquer fato doloso ou culposo que causa a outro um dano injusto, obriga aquele que iniciou o fato a ressarcir o dano (tradução nossa).

² Danos não patrimoniais- O dano moral só pode ser compensado nos casos determinados pela lei (tradução nossa).

Assim, devido às limitações impostas pelo artigo 2.059, tornou-se extremamente dificultoso se responsabilizar alguém civilmente por atos derivados de atos civis e não penais. Porém, a partir da década de 1970, o sistema de responsabilidade civil teve uma nova interpretação por juristas e doutrinadores, a partir do artigo 32 da Constituição Italiana que previa o direito a saúde como direito fundamental, assim, todo e qualquer dano à saúde passou a ser passível de indenização, independentemente da prática do ilícito penal. Nesse sentido, Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 41-42) ensina que:

A partir da década de 1970, começaram a ser emitidos mais pronunciamentos judiciais, determinando a necessidade de proteger a pessoa contra atos que, em maior ou menor grau, atingissem o terreno da sua atividade realizadora, fundamentados, principalmente, nos artigos 2º. (que tutela os direitos invioláveis da pessoa humana), 3º. e 32 da Constituição, e no artigo 2.043 do Código Civil Italiano, embora naquela época não se empregasse, explicitamente, o termo dano existencial.

Nesse período, a jurisprudência Italiana passou a ter o entendimento de que o direito à saúde é um direito fundamental, sendo passível de indenização qualquer dano à saúde da pessoa, sendo considerado um dano injusto, de acordo com o citado artigo 2.043. Segundo essa nova interpretação, haveria a possibilidade de se indenizar danos decorrentes de atos que não fossem derivados de ilícitos penais.

A partir daí, então, passaram a ser reconhecidos pelos tribunais os chamados danos biológicos (ou dano à saúde), tendo esse fato recebido ampla aceitação da doutrina. O dano à saúde passou, aos poucos, a abranger não só a ofensa à integridade física, mas também psicológica, estética, à vida de relação e toda uma gama de danos que pudessem ser enquadrados como tal.

Sobre esse entendimento da jurisprudência italiana, Guedes (2008, p. 129) concorda com a nova interpretação constitucional e o reconhecimento do dano existencial:

Partindo de uma interpretação dada pela Corte Constitucional italiana, podemos afirmar o seguinte: se entendemos que a Constituição é garantia dos valores fundamentais da pessoa humana, as demais normas de tutela dos ainda chamados direitos da personalidade devem estar em perfeita harmonia com os artigos da Carta fundamental (que tutela referidos direitos), portanto “devem ser lidos de modo idealmente idôneo a compensar o sacrifício que os mesmos sofrem por causa de ato ilícito”. Dessa forma, as normas de tutela de responsabilidade civil devem ser interpretadas de modo a abarcar não apenas o dano patrimonial e moral, mas também todos os danos potencialmente capazes de *obstaculizar a*

atividade realizadora da pessoa humana enquanto pessoa mesma. Em consequência dessa interpretação surge o dano existencial, como categoria geral do dano não patrimonial (grifo da autora).

Muitos doutrinadores, inclusive de outros países, passaram, ao longo do tempo, a acompanhar o novo entendimento da jurisprudência italiana, reconhecendo primeiramente a existência do dano biológico e posteriormente o dano existencial.

Sobre o reconhecimento do dano biológico e a necessidade de se reconhecer um novo dano, Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 42) faz a seguinte observação:

Da análise da doutrina e da jurisprudência italianas, é possível perceber certa vacilação quanto à nomenclatura, principalmente quanto ao que exatamente estaria abrangido no conceito de dano biológico. Conforme dito, inicialmente, a jurisprudência lançou, como integrantes do dano biológico, todos os danos que não eram enquadrados na regra do art. 2.043 do Código Civil italiano, o que gerou uma abrangência enorme ao referido tipo de dano, o qual englobava as alterações do aspecto exterior e morfológico da pessoa; as reduções de eficiência psicofísica da pessoa, a alteração na capacidade social da pessoa (vida de relação); a redução da capacidade de trabalho em geral e da perda de oportunidade de trabalho em razão do dano. Aos poucos, percebeu-se que nem todos os interesses imateriais da pessoa que fossem atingidos negativamente eram danos morais e não poderiam, igualmente, ser considerados como danos biológicos.

Em razão dessa nova definição de dano, de repente os tribunais italianos viram-se com um número cada vez mais crescente de processos de vítimas com problemas que até então eram desconhecidos pela jurisprudência. Isso levou a jurisprudência e a doutrina a se questionarem sobre essa nova definição de dano biológico, acarretando uma discussão acadêmica sobre o assunto, com encontros e movimentos realizados por estudiosos, tendo como mentores os professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz (SOARES, 2009, p. 43).

A partir dessas discussões, o Tribunal de Milão, no ano de 1999, decidiu que os prejuízos decorrentes de ruídos intoleráveis não são classificados como dano biológico, caso não resulte numa modificação no estado de saúde da pessoa ou faça surgir uma doença, mas apenas cause prejuízos às atividades normais da pessoa.

Segundo Almeida Neto, em 1999, foi proferida pela corte de Cassação Italiana, a sentença nº 500 (*sezione unite*), “por meio da qual então confirmou a nova orientação no tema da responsabilidade civil ao admitir a reparabilidade do dano causado a um interesse legítimo”, sendo necessária, para tal, a observância dos seguintes requisitos da responsabilidade civil: “a) a injustiça do dano; b) a lesão a

uma posição constitucionalmente garantida” (ALMEIDA NETO, 2005, *online*). Essa sentença admitiu a pretensão indenizatória do autor, condenando o réu a ao ressarcimento do dano proveniente da lesão proveniente de um interesse considerado legítimo, sendo este de inegável relevância para o equilíbrio da vida em sociedade e da vida de relação.

Já a Suprema Corte italiana só veio a se pronunciar explicitamente sobre o dano existencial, pela primeira vez, em 7 de junho de 2000, com a Decisão nº 7.713/2000, na qual um pai foi, em razão de sua conduta omissiva, condenado a indenizar o dano existencial causado ao filho, pois não havia pago as prestações alimentícias devidas, e por este motivo o filho veio a sofrer ofensa à sua dignidade, com o comprometimento de seu desenvolvimento. (SOARES, 2009, p. 43).

Finalmente, entenderam os italianos, que “o rol de atividades da vida de relação que podem ser afetadas, negativamente, é amplo, e concluíram que tais danos são os que atingem a existência humana” (SOARES, 2009, p. 44).

A partir dessas conclusões, esse novo dano passou a ser denominado “dano existencial”.

1.2 CONCEITO

O conceito do dano existencial foi trazido do Direito Italiano para o Direito Brasileiro primeiramente pela doutrinadora Flaviana Rampazzo Soares, através de uma publicação no ano de 2009, e após isso, vários doutrinadores brasileiros passaram a explorar o tema, dado sua incontestável relevância para o Direito.

É considerado uma espécie de dano extrapatrimonial ou imaterial e basicamente se divide em danos ao projeto de vida e danos ao convívio social e familiar. Segundo conceitua Frota:

O dano existencial constitui espécie de dano imaterial ou não material que acarreta à vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua vida de relação (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social). (FROTA, 2011, *online*)

Esse rol de dimensões apresentado pelo doutrinador não é taxativo, podendo ser ainda apresentados outros de acordo com a particularidade de cada indivíduo. Ainda, segundo Almeida Neto, o dano existencial consiste:

[...] na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer (ALMEIDA NETO, 2010, s.p.).

O dano existencial frustra os objetivos da pessoa como ser humano dotado da vontade de concretizar sonhos e realizações em sua vida, e priva-o injustamente da concretização desses objetivos, conforme ensina Guedes (2008, p. 128): “Entende-se por dano existencial o conjunto de repercussões de tipo relacional marcando negativamente a existência mesma do sujeito que é obrigado a renunciar às específicas relações do próprio ser e da própria personalidade”.

E ainda, o dano existencial ocasiona lesão à relação que a pessoa precisa para desenvolver-se pessoal, social e psicologicamente, fazendo com que a mesma mude suas relações de uma forma negativa.

Por fim, Soares explica que:

O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina. O dano existencial se consubstancia como visto, na alteração relevante da qualidade de vida, vale dizer, em um “ter que agir de outra forma” ou em um “não poder mais fazer como antes”, suscetível de repercutir, de maneira consistente, e, quiçá, permanente sobre a existência da pessoa. Significa, ainda, uma limitação prejudicial, qualitativa e quantitativa, que a pessoa sofre em suas atividades cotidianas. Isso vale tanto para pessoas físicas como para jurídicas. [...] O dano existencial acarreta um sacrifício nas atividades realizadoras da pessoa, ocasionando uma mudança na relação da pessoa com o que a circunda (SOARES, 2009, p. 44-45).

Porém, segundo o doutrinador Júlio Cesar Bebbber, para que o evento danoso seja considerado dano existencial, torna-se necessário analisar a ocorrência dos seguintes requisitos:

- a) a injustiça do dano. Somente dano injusto poderá ser considerado ilícito;
- b) a situação presente, os atos realizados (passado) rumo à consecução do

projeto de vida e a situação futura com a qual deverá resignar-se a pessoa; c) a razoabilidade do projeto de vida. Somente a frustração injusta de projetos razoáveis (dentro de uma lógica do presente e perspectiva de futuro) caracteriza dano existencial. Em outras palavras: é necessário haver possibilidade ou probabilidade de realização do projeto de vida; d) o alcance do dano. É indispensável que o dano injusto tenha frustrado (comprometido) a realização do projeto de vida (importando em renúncias diárias) que, agora, tem de ser reprogramado com as limitações que o dano impôs. (BEBBER, 2009, s.p.).

Observa-se que o dano existencial caracteriza-se pela privação injusta do indivíduo de realizar projetos que normalmente faria, como: praticar esportes; praticar exercícios físicos; dedicar-se aos estudos; manter uma vida em família; ter uma vida sexual ativa, etc.

Não é todo dano à existência da pessoa que pode ser considerado dano existencial. Para tanto, o dano deve ser injusto, e que frustre um projeto de vida e a vida de relação da pessoa de uma forma razoável. Por exemplo, não pode ser considerado dano existencial a frustração de um projeto de um indivíduo de ir morar em Marte ou o impedimento de ele se relacionar com alguém que já morreu. Para a aferição do dano é necessário pautar-se pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Como visto, de acordo com o entendimento da doutrina e jurisprudência italiana, o dano existencial é diferente das outras espécies de danos, sendo muito confundido com o dano moral ou com o dano biológico, porém torna-se diferente deles na medida que lesiona o projeto de vida da pessoa, seus sonhos, seus objetivos, e a vida de relação social desta, como seu convívio habitual com a família e amigos.

O conceito do dano existencial é pouco utilizado no direito brasileiro, mas tem sido objeto de estudo por alguns doutrinadores que defendem a possibilidade de indenização por dano existencial. De forma que o cabimento do dano existencial no direito brasileiro vem sendo aceito pelos doutrinadores e aos poucos também pelos próprios tribunais.

Assim, conclui-se que o dano existencial é todo evento danoso que venha causar prejuízo a qualidade de vida da vítima, provocando-lhe alterações em seu modo de vida, afetando negativamente suas relações e seus projetos de vida, de um modo permanente ou temporário.

1.3 ELEMENTOS DO DANO EXISTENCIAL

O dano existencial é considerado pela doutrina como uma espécie de dano extrapatrimonial ou imaterial e basicamente se subdivide em danos ao projeto de vida e danos à vida de relação, os quais serão tratados separadamente a seguir.

1.3.1 Danos ao projeto de vida

O projeto de vida é entendido como as escolhas feitas pela pessoa que acarretarão em seu futuro, seus sonhos, planos, e o que ela decidiu fazer com sua vida.

Segundo Bebbber, o dano existencial, que também pode ser chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudiced"agrément* (perda da graça, do sentido), “compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano” (BEBBER, 2009, *online*).

O dano ao projeto de vida acarreta à pessoa, dotada de sonhos e anseios, uma frustração por não conseguir atingir seus sonhos e objetivos, pois esta se vê impossibilitada de realizar tudo o que planejou para seu futuro.

Ainda, de acordo com Nunes (*apud* FROTA, 2011, *online*):

O dano ao projeto de vida refere-se às alterações de caráter não pecuniário nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações, provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com o decorrer do tempo. O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima, incidindo sobre suas liberdade de escolher o seu próprio destino. Constitui, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui a existência, ao sentido espiritual da vida. (grifo do autor)

É necessário observar que o projeto de vida deve ser algo que possa concretizar-se, e não algo que esteja fora do alcance comum, como por exemplo, viajar até a lua ou tornar-se um artista em algo que não tem habilidade.

1.3.2 Danos à vida de relação

O dano à vida de relação foi inicialmente um dos novos danos oriundos da doutrina e jurisprudência europeia, o qual foi utilizado para diferenciar-se do dano moral, e que posteriormente foi abarcado pela definição de “dano existencial”.

De acordo com Almeida Neto (2005, *online*), a doutrina italiana, no início dos anos 60, fez uma classificação de uma nova espécie de dano injusto à pessoa, chamando-o de dano *alla vita di relazione* (dano à vida de relação), o qual era um “dano ao relacionamento em sociedade, à convivência, que não atinge diretamente, mas indiretamente, a capacidade laborativa – a capacidade de obter rendimentos” da pessoa que sofreu o dano.

A vida de relação se refere ao conjunto de relações interpessoais nas diversas esferas que cercam o ser humano: afetiva, familiar, social, profissional, etc., e que permitem que este desenvolva sua história de vida, conforme Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, *online*) ensinam:

Quanto à vida de relação, o dano resta caracterizado, na sua essência, por ofensas físicas ou psíquicas que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente, dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades recreativas e extralaborativas tais quais a prática de esportes, o turismo, a pesca, o mergulho, o cinema, o teatro, as agremiações recreativas, entre tantas outras. Essa vedação interfere decisivamente no estado de ânimo do trabalhador atingindo, conseqüentemente, o seu relacionamento social e profissional. Reduz com isso suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho o que reflete negativamente no seu desenvolvimento patrimonial.

O homem busca se desenvolver em sociedade, seja na família ou em sua comunidade, onde interage com seus semelhantes, realizando diversas atividades em conjunto, como lazer, trabalho, etc., e havendo prejuízo nessas atividades, de modo a afetar o seu relacionamento, há danos à vida de relação. Assim ensina Almeida Neto (2005, *online*):

Por dano à vida de relação, ou dano à vida em sociedade, portanto, se indica a ofensa física ou psíquica a uma pessoa que determina uma dificuldade ou mesmo a impossibilidade do seu relacionamento com terceiros que causa uma alteração indireta na sua capacidade de obter rendimentos. Assim, por exemplo, procedimentos imperitos médicos que acarretam à pessoa problemas ortopédicos e a impossibilidade de praticar esportes como correr, jogar bola, tênis etc...; a divulgação de notícias difamatórias infundadas que acarretam humilhação e depressão; acidentes

graves que causam a síndrome do pânico ou problemas na fala, como tartamudez etc... são apenas algumas hipóteses de dano à vida de relação.

Como no projeto de vida, faz-se necessário também que o dano à vida de relação tenha privado a vítima de prosseguir, de alguma forma, com seu projeto de vida de relação em sociedade, conforme Frota (2010, *online*):

Tendo havido ou não ataque a integridade física ou psíquica, a esfera do patrimônio material (lucros cessantes ou danos emergentes), a constituição biológica ou estética ou ao bem-estar psicológico da vítima, importa, do ponto de vista do dano existencial, que o ilícito tenha ocasionado ao *sujeito passivo* do dano a abusiva *privação* de componente significativo de seu *projeto de vida* e/ou *vida de relação*. (grifo do autor)

Assim conclui-se que tanto o projeto de vida como a vida de relação é essencial ao ser humano na vida em sociedade e os danos que o afetam podem restar na caracterização do dano existencial.

1.4 O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO COMPARADO

Nos Estados Unidos e no direito inglês, o correspondente ao dano existencial seria a figura do *loss of amenities of life*, conhecido também como *loss of enjoyment of life* ou *hedonic damages*, que são as consequências imateriais da perda ou diminuição, permanente ou temporária, da vítima de participar de suas atividades normalmente e apreciar a vida por inteiro (SOARES, 2009, p. 49).

Em diversos tribunais dos Estados Unidos, a perda dos prazeres da vida, é considerada pelos juízes como um desdobramento do dano moral, a fim de se evitar altas somas de indenizações, já que não há critérios específicos para a quantificação do dano, e que os julgamentos são na maioria realizados por um júri não técnico. Porém, as cortes americanas não chegaram a um acordo sobre o fato de os jurados serem orientados a considerar essa diferenciação de danos e fixar indenizações separadamente para as mesmas (SOARES, 2009, p. 49).

Soares (2009, p.50) ainda cita como exemplo o caso *Bennet v. Lembo*, o qual ocorreu nos Estados Unidos, onde um acidente automobilístico, em julho de 1994, causado por David Lembo, deixou sequelas físicas em Edward Bennet, principalmente em sua coluna cervical. Em razão disso, a vítima teve que fazer fisioterapia por um período de dois meses, deixou de viajar nas férias, deixou de visitar os filhos e netos, não mais pode acompanhar a esposa na prática de

exercícios físicos, e também não conseguia mais brincar com os netos com brincadeiras que antes estava acostumado, tudo em razão das sequelas físicas do acidente (2009, p. 50).

No julgamento, os jurados foram instruídos a considerar os danos sofridos pela vítima de ordem patrimonial, moral, física e existencial.

Assim, os jurados reconheceram a ocorrência do dano existencial, bem como os outros danos e condenaram o réu ao pagamento de U\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares) pelos prejuízos causados a Edward Lembo.³

Outros casos tiveram desfecho semelhante, com *West v. Shepard* (1964) e *Lim v. Camdem* (1980), onde houve nos julgamentos a distinção dos danos morais e dos danos que afetaram o “prazer de viver” das vítimas (SOARES, 2009, p. 50).

Na Austrália, *Wise v. Kaye* (1962) foi um caso onde a autora, uma garota de vinte anos, sofreu um acidente de carro, e, devido aos ferimentos, teve perda de consciência até a data do julgamento do recurso. O Tribunal de Recursos concordou com a sentença do juiz de primeiro grau que condenou o réu por *loss of amenities of life*, abrindo, assim um precedente naquela corte⁴.

Na Europa, além da Itália, o judiciário português também tem se mostrado favoravelmente à concessão de indenização por dano existencial, através de diversos julgados, tanto pelos tribunais inferiores quanto pelo Supremo Tribunal de Justiça, que através de um acórdão de 03 de junho de 2004, decidiu que a filha recém-nascida tinha direito à indenização por dano existencial decorrente da morte do genitor por acidente de trânsito:

Acidente de viação - Danos não patrimoniais - Equidade - Montante da indemnização

I - É conforme à equidade, à luz do artigo 496, n.º 3, última parte, do Código Civil, a indemnização de 3500 contos pelos danos morais que sofreu a viúva de ciclomotorista falecido em acidente de viação por culpa do condutor do veículo segurado na ré, provando-se, nomeadamente, que marido e mulher constituíam um casal feliz, nutrindo um pelo outro um forte amor conjugal; que a morte interrompeu esta afectividade furtando à esposa a alegria de viver e envelhecendo-a física e psiquicamente; que o falecimento do marido a impediu de partilhar com ele o que de bom lhes trouxe o nascimento da filha Jéssica Gabriela cerca de um mês e meio antes, passando a sofrer sozinha as vicissitudes e dificuldades de a criar e educar sem o acompanhamento do pai.

II - É igualmente equitativa a indemnização de 1800 contos a título de danos morais próprios a cada um dos três filhos do primeiro casamento do

³ Obtida no endereço eletrônico: <<http://www.courts.state.nh.us/supreme/opinions/2000/bennett.htm>>. Acesso em: 03-05-2015.

⁴ Obtido em <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLRev/1963/13.pdf>>. Acesso em: 03-05-2015.

falecido, dissolvido por divórcio, Catarina Alexandra de 20 anos, Vera Lúcia quase com 16 e o João Carlos a fazer 13, na data do acidente, atendendo a que sofreram um grande desgosto pela morte do pai, com o qual mantinham uma relação muito estreita apesar do divórcio; que sempre os incentivava a prosseguirem nos estudos, tranquilizando-os quanto a dificuldades económicas e a preocupações de futuro; que tinham programado um jantar de família para o dia do seu aniversário, tudo revelando uma interacção de múltiplos significados e uma dimensão afectiva que a morte malogrou.

III - No quadro esboçado, a indemnização dos danos não patrimoniais próprios da filha Jéssica Gabriela, recém-nascida a 21 de Maio de 1997, quando da eclosão do acidente e da morte em 7 de Julho seguinte, deve segundo a equidade ser mais elevada que a dos irmãos, uma vez que ficou privada da assistência moral e afectiva paterna na formação e desenvolvimento da primeira infância e, bem assim, dos incentivos que aqueles sempre receberam.

IV - Tratando-se, com efeito, de **dano existencial** relevante na formação da sua personalidade moral, o mesmo não justifica, contudo, uma reparação de 3500 contos - coincidente com a dos danos de sua

mãe e assaz superior à dos irmãos, quando a Jéssica Gabriela não padeceu os sofrimentos que todos eles experimentaram por ser recém-nascida à morte do pai -, mas a indemnização de 3000 contos mais conforme à equidade.

03-06-2004 - Revista n.º 3527/03 - 2.ª Secção - Lucas Coelho (Relator) *, Bettencourt de Faria e Moitinho de Almeida. (PORTUGAL, 2004, *online*). (grifo nosso).

Também em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça, em 12 de outubro de 2006, concedeu à autora o montante de vinte mil euros a título de indenização de danos não patrimoniais pela morte de seu marido, pois esta trouxe à autora, além da dor moral, um “vazio existencial”, perdurando ainda na data do julgamento:

Seguro automóvel - Reboque - Acidente de viação - Concorrência de culpas - Danos não patrimoniais.

I - O reboque está abrangido por uma obrigação própria de seguro, embora este seja feito na mesma apólice do veículo rebocador e o capital seguro seja único para o conjunto rebocador e reboque (arts. 4.º, n.º 5.1, e 11.º, Risco I, al. b), da Tarifa do Ramo Automóvel).

II - Deve considerar-se que a vítima e o réu contribuíram em igual medida para a ocorrência do acidente de viação que aconteceu, de acordo com os factos provados, da seguinte forma: o réu conduzia um tractor agrícola levando atrelado um reboque, pela E.N. 209, no sentido Sobrão-Lustosa; porque um dos pneus tivesse furado, retirou o reboque, que se encontrava carregado, e deixou-o aí estacionado, ocupando a totalidade da berma direita atento o sentido indicado e ainda cerca de 40-50 cm da hemi-faixa direita; este local configura uma recta, provida de iluminação pública, na qual existem casas de ambos os lados, existindo ainda uma exposição de móveis, embora a zona onde estava estacionado não estivesse directamente abrangida pela iluminação dos candeeiros públicos; o reboque, de cor vermelha escura e baça, não estava sinalizado com o triângulo de pré-sinalização, nem com qualquer luz acesa na retaguarda, dispondo de dois triângulos reflectores colocados na traseira, um do lado direito e outro do lado esquerdo da matrícula; no dia seguinte, pelas 23 h, a vítima circulava pela mesma estrada, tripulando um motociclo, no sentido Sobrão-Lustosa e foi embater no ângulo esquerdo da retaguarda, numa das arestas, do reboque.

III - Na verdade, o réu preteriu um especial dever de cuidado e diligência ao abandonar o reboque no concreto local durante, no mínimo, 23 horas, com

especial incidência durante a noite, e acabou por potenciar um perigo real para a circulação rodoviária.

IV - Também a vítima não foi diligente, pois não se apercebeu com a devida antecedência do reboque, o qual estava estacionado numa recta, iluminada e encontrava-se dotado de dois reflectores colocados na traseira, um em cada um dos lados, e ocupando apenas 40 a 50 cm da hemi-faixa de rodagem.

V - Afigura-se justo e equitativo o montante indemnizatório de 20.000,00 € destinado a ressarcir os danos não patrimoniais sofridos pela autora com a morte súbita e violenta do seu marido, traduzidos numa forte dor moral e num vazio existencial que ainda hoje perduram.

12-10-2006 - Revista n.º 2890/06 - 7.ª Secção - Alberto Sobrinho (Relator), Oliveira Barros e Salvador da Costa. (PORTUGAL, 2006, *online*)

E em 2012, o Supremo Tribunal de Justiça, também concedeu indenização por dano existencial, além de outros danos, à vítima de acidente de trânsito, devido este ter ficado parcialmente incapacitado para o trabalho:

Responsabilidade extracontratual - Acidente de viação - Comissão - Ónus de alegação - Ónus da prova - Direito à indemnização - Incapacidade permanente parcial - Perda da capacidade de ganho - Danos não patrimoniais - Danos futuros.

I - A relação de comissão a que alude o art. 503.º, n.º 3, do CC depende da alegação e prova dos factos que a tipifiquem, que incumbe ao lesado.

II - Não caracteriza tal relação a mera alegação de que o condutor “seguia ordens ou instruções”, pois seria necessário saber a que título o fazia, isto é, conhecer a concreta relação de dependência que o unia ao comitente.

III - Considerando a duração normal previsível de vida, a idade do autor, que era, à data da alta clínica, 37 anos; considerando uma taxa de juro de um depósito a prazo de 4%, mostra-se adequado indemnizar o dano da perda de ganho futuro do autor no montante de € 120 000.

IV - Tendo o lesado 37 anos de idade, à data da alta clínica, uma incapacidade geral para o trabalho de 35%, evoluindo para 40%, um considerável dano não patrimonial propriamente dito (traduzido num “*quantum doloris*” de 6 em 7), existencial (os esforços suplementares que terá de realizar vida fora, na sua profissão de gerente comercial ou industrial) e estético (grau 4 em 7), justifica-se a atribuição ao autor da quantia de € 50 000.

09-02-2012 - Revista n.º 1002/07.1TBSTS.P1.S1 - 7.ª Secção - Granja da Fonseca (Relator) *, Silva Gonçalves e Ana Paula Boularot. (PORTUGAL, 2012, *online*)

Ainda em Portugal, o Tribunal de Relação do Porto, concedeu à vítima de acidente de trânsito, indenização por dano existencial, referente à vida de relação, devido este ter ficado fisicamente incapacitado, geral e permanente num total de 20% (vinte por cento), o que o acarretou dificuldades para se relacionar socialmente:

Acidente de viação. Indemnização. Dano biológico. Danos não patrimoniais. Sumário.

I- É mais adequada, face à situação da lei e da doutrina em Portugal, a consideração do —dano biológico— como um verdadeiro dano ressarcível, mas integrado, seja numa componente do dano patrimonial, seja numa componente do dano não patrimonial, tudo dependendo das consequências

do dano, respectiva relevância e, em termos jurídico-formais e práticos, da alegação das partes.

II- Incidindo o dano sobre a necessidade de aquisição ou produção de rendimentos, por parte do lesado, pode ser ressarcido atribuindo um capital a pagar de imediato e antecipadamente, mas que, por um lado, produza rendimentos, por outro, se venha a esgotar no final da vida do lesado “vida do lesado”, e não apenas a respectiva “vida activa”, pois que, mesmo na situação de pensionista, existem, na normalidade da vida, trabalhos e actividades que se desenvolvem e que envolverão esforço necessariamente superior)

III- Tendo o lesado 70 anos de idade, à data do acidente, vista a respectiva incapacidade geral e permanente de 20%, decorrida do acidente, mostra-se justa e equitativa a quantia fixada, a este título, ao Autor, de € 12 500.

IV- Quanto ao dano não patrimonial, vistas a incapacidade permanente (20%), o “pretium doloris” (ressarcimento da dor física sofrida — grau 4, em 7), o **dano existencial** e psíquico (o dano da vida de relação e o dano da dificuldade de “coping”, ou seja, da dificuldade em lidar com a sua actual incapacidade, bem como a dificuldade nas relações sociais, a incapacidade para o desempenho das actividades diárias, de cultivo ou agrícolas, de carpinteiro, ou outras, de utilidade permanente, e próprias do passadio de vida de qualquer cidadão e de qualquer estrato social, a dificuldade em realizar as tarefas tão simples de vestir, calçar ou tomar banho, em suma, o prejuízo de afirmação pessoal, fixada num grau 2 em 5), mostra-se adequada a quantia já fixada de € 20.500.

Apelação nº 5943/06.5TBVFR.P1 – 2ª Sec. Data – 20/04/2010. Vieira e Cunha, Maria Eiró e João Proença. (PORTUGAL, 2010, *online*) (grifo nosso)

Assim, pode-se colher desses julgados uma perspectiva do direito alienígena em reconhecer e diferenciar o dano existencial de outros danos, conforme o fez primeiramente o Direito Italiano.

2 O DANO EXISTENCIAL E OUTRAS MODALIDADES DE DANOS

O dano material ou patrimonial caracteriza-se por toda lesão ao patrimônio da vítima, considerado patrimônio tudo que for passível de valoração econômica (como o dano emergente e o lucro cessante), já o dano imaterial ou extrapatrimonial compreende as outras espécies de danos que não se podem valorar, como o dano moral (BEBBER, 2009, s.p.).

Durante quase toda a história da responsabilidade civil, o único dano imaterial que era passível de indenização era o dano moral, porém com a evolução do Direito foram surgindo novos danos, que paulatinamente foram conceituados e aceitos pela doutrina e jurisprudência.

2.1 DANO EXISTENCIAL *VERSUS* DANO MORAL

Durante muito tempo na história da responsabilidade civil o dano imaterial ou extrapatrimonial foi reduzido ao termo dano moral (do termo francês *dommage moral*), que era caracterizado de uma forma negativa, pois era entendido como dano moral todo aquele dano que não fosse patrimonial ou material, abarcando assim, sob a mesma nomenclatura, uma infinidade de danos e prejuízos (SOARES, 2009, p. 97).

Ao contrário do dano existencial, o conceito de dano moral encontra-se consolidado na doutrina e legislação pátria, inclusive com previsão de indenização na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988, *online*)

A reparação do dano moral também está prevista no Código Civil de 2002:

Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002, *online*)

Segundo Cavalieri Filho, o dano moral é um dano não-material, que causa violação à dignidade da pessoa (2008, p. 79-80). Já para Sussekind (2004, p. 632), dano moral pode ser definido como o “sofrimento provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa, os quais constituem o sustentáculo sobre o qual sua personalidade é modelada e a sua postura nas relações em sociedade erigida”.

E segundo os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2007, p. 55), o dano moral:

[...] consiste na lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

O dano moral afeta o íntimo da pessoa, e viola os seus direitos de personalidade e seu prejuízo não pode ser ressarcido, como aponta Tartuce (2008, p. 206):

Constitui o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade – arts. 11 a 21 do CC- para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de *lenitivo*, *derivativo* ou *sucedâneo*, utilizando-se a expressão *reparação* e não ressarcimento quanto aos danos morais (grifo do autor).

O dano moral e o dano existencial são danos imateriais, porém são diferentes entre si, porque o primeiro diz respeito ao íntimo da pessoa, afetando negativamente sua moral, já o segundo afeta a vida cotidiana da vítima, seja em seu espaço individual ou no relacionamento com outras pessoas, impossibilitando-a de realizar atividades que outrora realizava, como lazer, prática de esportes, tarefas domésticas, etc.

O dano moral não afeta de forma considerável o cotidiano da pessoa, como o faz o dano existencial, porém, pode dificultar certas atividades, pois ao afetar o ânimo, mesmo que transitoriamente, pode levar à vítima ao estado de desânimo e conseqüentemente esta não reagirá da mesma forma se não estivesse prostrada (SOARES, 2009, p. 99).

Ao ser confrontado com o dano moral, o dano existencial revela-se mais claramente, como ressalta Matteo Maccarone, citado por Almeida Neto (2012, *online*):

[...] o dano moral é essencialmente um 'sentir'; o dano existencial é mais um 'fazer' (isto é um 'não mais poder fazer', um 'dever agir de outro modo'). O primeiro refere-se quanto à sua natureza ao 'dentro' da pessoa, à esfera emotiva; o outro relaciona-se ao 'exterior', o tempo e espaço da vítima. No primeiro toma-se em consideração o pranto versado, as angústias; no outro as atenções se voltam para a reviravolta forçada da agenda do indivíduo.

A jurisprudência pátria, acompanhando o entendimento doutrinário, tem feito essa diferenciação entre dano moral e existencial em seus julgados, confirmando a inviabilidade, nos dias atuais, da classificação dos danos imateriais apenas como danos morais:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUBMISSÃO A JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais. Na hipótese dos autos, embora conste que o Autor se submetia frequentemente a uma jornada de mais de 15 horas diárias, não ficou demonstrado que o Autor tenha deixado de realizar atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador, de modo a caracterizar a ofensa aos seus direitos fundamentais. Diferentemente do entendimento do Regional, a ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é "in re ipsa", de forma a se dispensar o Autor do ônus probatório da ofensa sofrida. Não houve demonstração cabal do prejuízo, logo o Regional não observou o disposto no art. 818 da CLT, na medida em que o Reclamante não comprovou o fato constitutivo do seu direito. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR 14439420125150010, Relatora Maria de Assis Calsing, Data de julgamento 15/04/2015, Quarta Turma, Data de publicação DEJT 17/04/2015). (BRASIL, 2015, *online*)

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. JORNADA DE TRABALHO EXAUSTIVA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. REPARAÇÃO DEVIDA. A limitação da duração do trabalho constitui-se exigência que surge como medida de higidez e segurança, com vistas a preservar a saúde física e psíquica do trabalhador. O dano extrapatrimonial, sob a modalidade dano existencial, deve ficar restrito a situações extremamente graves, nas quais demonstrado que o trabalhador sofreu severa privação em virtude da imposição de um estilo de vida que represente impossibilidade de fruição de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar, o que restou caracterizado no caso concreto, em face da jornada de trabalho extenuante a que a autora estava submetida, inclusive em três domingos por mês, sem a fruição de intervalo

intrajornada. Apelo da reclamante provido, para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em R\$10.000,00 (dez mil reais), ante a necessidade de que a reparação possua, também, caráter pedagógico, tendente a evitar práticas de mesma natureza por parte da empregadora. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. A supressão parcial do intervalo intrajornada confere à empregada o direito ao pagamento do tempo integral da pausa prevista no art. 71 da CLT. O intervalo mínimo legal constitui-se medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública, de maneira que a empregadora somente se desincumbe da obrigação legal quando assegura à trabalhadora o período mínimo previsto em lei, o que, no caso, não ocorreu, conforme arbitramento realizado na sentença. Apelo negado.

TRT-4 - RO: 00002531120135040029 RS 0000253-11.2013.5.04.0029, Relator: ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ, Data de Julgamento: 15/05/2014, 29ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. (BRASIL, 2014, *online*)

Desta forma, conclui-se que o dano moral refere-se ao sofrimento, abalo, angústia, violação da dignidade, enquanto que o dano existencial diz respeito à dificuldade do exercício de uma atividade cotidiana, do impedimento de realizar algo que foi projetado ou sonhado, e da impossibilidade ou perturbação da continuidade dos relacionamentos interpessoais.

2.2 DANO EXISTENCIAL *VERSUS* PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), de natureza patrimonial, teve origem na doutrina francesa, na década de 60, e ocorre quando o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de se obter uma situação futura melhor. É caracterizada quando, em virtude da conduta de outra pessoa, não há mais a probabilidade da ocorrência de um evento que possibilitaria que a vítima tivesse um futuro melhor, como ascensão da carreira, conseguir um emprego mais atrativo, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável por causa do advogado, etc. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 81).

A perda de uma chance faz com que a pessoa sinta-se frustrada pela falta da oportunidade futura, que poderia ocorrer não fosse o evento danoso, mas segundo a doutrina, essa pretensa oportunidade seria apenas uma expectativa, dentro de uma lógica razoável. Essa chance futura não pode ser fantasiosa ou desprovida de realidade, deve ser dentro da normalidade dos padrões da vítima.

Rafael Petelli, citado por Tartuce (2009, p. 219) entende que a teoria da perda de uma chance “encontra o seu limite no caráter de certeza que deve

apresentar o dano reparável”, devendo a chance representar muito mais que uma simples esperança subjetiva.

A indenização pela perda de uma chance baseia-se em uma porcentagem, de acordo com a probabilidade do que a vítima iria ganhar em valores, de acordo com o princípio da razoabilidade.

Não se deve confundir o dano existencial com a perda de uma chance, conforme ensina Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, *online*):

A distinção a ser feita entre o dano existencial e a perda de uma chance parte da premissa de que, nesta se perdeu uma oportunidade concreta e se sofreu um prejuízo quantificável, a partir da probabilidade de êxito no desiderato frustrado, e naquele o que deixou de existir em decorrência foi direito a exercer uma determinada atividade e participar de uma forma de convívio inerente à sua existência, que não pode ser quantificado, nem por aproximação, mas apenas arbitrado. As duas figuras podem, eventualmente, ser cumuladas. Imaginemos o exemplo de um maratonista de alto nível que sofre um acidente de trabalho que o impossibilita de correr para o resto de sua vida às vésperas de uma corrida cuja premiação era de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Nesse caso se está diante de hipóteses de dano moral, existencial e perda de uma chance. O dano moral pela frustração, pelo dissabor e pela dor provocada pelo ocorrido, a perda da chance de aumentar o patrimônio em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), decorrente da não participação da corrida, o dano existencial por não mais poder se dedicar a essa atividade esportiva.

Assim, entende-se que o dano existencial difere-se da perda de uma chance, porque enquanto esta se baseia em um nexo de certeza e probabilidade de um ganho futuro, este diz respeito aos sonhos e projeto da vítima que iriam realmente ocorrer não fosse o evento danoso, cuja mensuração econômica não pode ser quantificada.

2.3 DANO EXISTENCIAL *VERSUS* DANO À IMAGEM

A imagem da pessoa humana reflete sua fisionomia e traços físicos, integra sua identidade, e a torna diferente das outras pessoas, sendo desta forma individualizada no meio em que vive.

A reparação do dano à imagem está prevista no art. 20 do atual Código Civil, sendo que o dano ocorre quando o uso não autorizado da imagem da pessoa é utilizado para fins econômicos ou de publicidade e propaganda.

Na Constituição Federal de 1988, art. 5º, é assegurada a inviolabilidade do direito à imagem:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

[...]

(BRASIL, 1988, *online*)

Tratando-se de um direito disponível, o uso da imagem somente pode ser utilizado quando há autorização da pessoa, pois o reflexo puro da representação da imagem é intangível (SOARES, 2009, p.103).

Aquele que fez o uso não autorizado da imagem poderá ter o dever de indenizar mesmo que não seja comprovado que houve prejuízos ou ofensa à dignidade da vítima.

É importante ressaltar que não haverá violação à imagem da pessoa se esta não puder ser identificada, como por exemplo, em fotografias ou imagem em uma multidão e esta não for destacada, como ensina Bittar, citado por Cavalieri Filho (2012, p. 117): "Referente a poses ou instantâneos em multidão, é perfeitamente lícito o uso desde que inexista qualquer destaque da pessoa e o fim se compreenda dentro das hipóteses de permissão".

Também não haverá direito à indenização do uso não autorizado da imagem nas seguintes situações: divulgação de imagem por necessidade de justiça ou de polícia; utilização de imagem por razões científicas, didáticas ou culturais; quando refletir acontecimento público (informação relevante ou de interesse coletivo) ou evento de interesse público (TRIMARCHI, *apud* SOARES, 2009, p. 105).

O uso não autorizado da imagem pode gerar o direito à indenização, exceto nas situações já previstas, e o dano à imagem pode estar acompanhado do dano existencial, entretanto, com este não se confunde. Pois apesar da vítima sofrer os danos relacionados à utilização não autorizada de sua imagem, isso não impediria que continuasse seguindo com sua vida, em outras palavras não sofreria danos à sua existência, como aconteceria caso houvesse a ocorrência do dano existencial.

2.4 DANO EXISTENCIAL *VERSUS* DANO À SAÚDE (DANO BIOLÓGICO)

O conceito do dano à saúde ou dano biológico surgiu na Itália na década de setenta, com diversos pronunciamentos judiciais que passaram a tutelar a saúde da

pessoa, admitindo ainda a possibilidade de sua reparação. Essas decisões tinham como base o art. 32 da Constituição Italiana⁵, que foi interpretado da seguinte forma: como o referido artigo garantia o direito à saúde como direito fundamental do cidadão, se a sua integridade física fosse lesada, o entendimento era de que estaria sendo ferido o próprio direito subjetivo constitucional à saúde (SOARES, 2009, p.108).

Logo a doutrina e as cortes superiores passaram a acompanhar o entendimento jurisprudencial italiano, e assim, segundo o novo entendimento, o dano biológico passou a abranger não somente o dano físico, mas também a integridade psíquica e distúrbios de toda natureza, danos estéticos, danos sexuais, etc, não havendo uma distinção dessas espécies de danos, a qual só veio ocorrer anos mais tarde.

Carla Otonello, citada por Almeida Neto (2005, *online*), definiu desta maneira o entendimento dos italianos sobre o direito à saúde:

[...] a saúde é um direito fundamental do indivíduo (previsto expressamente no art. 32 da Constituição), que merece tutela contra qualquer tipo de agressão, independentemente de qualquer aspecto econômico, especialmente da capacidade do sujeito de produzir rendimentos.

Essa nova definição do direito à saúde como direito fundamental foi um precursor do reconhecimento do dano existencial, o qual veio ocorrer anos mais tarde.

Segundo Bebbber, o dano biológico pode ser conceituado como toda lesão à saúde da vítima, entendida esta como bem-estar físico, psíquico e social da pessoa, que pode ser duradoura ou temporária (2009, *online*).

Já para Soares (2009, p. 109), o dano biológico “supõe um prejuízo que pode atingir a pessoa em sua esfera física ou psíquica” e ainda “decorre da ofensa à

⁵Art. 32: La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. (A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana). Tradução encontrada no site: <<http://www.casacultureivrea.it/costituzione/portoghese.pdf>>. Acesso em: 01-06-2015.

integridade da pessoa, transitória ou permanente, total ou parcial” com consequências materiais ou imateriais.

No Brasil o direito à saúde física e mental é considerado direito fundamental pela atual Constituição, que traz em seus artigos 6º e 196º, o direito à saúde e o dever do Estado de tutelá-la⁶.

Acompanhando as inovações na doutrina e jurisprudência italiana, a legislação brasileira traz, ainda, no Código Civil de 2002, em seu artigo 949, o direito à indenização pelo dano à saúde:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. (BRASIL, 2002, *online*)

Assim, entende-se que o reconhecimento do dano biológico e o dever de indenizá-lo pela doutrina e jurisprudência na Itália fez com que outros países passassem a reconhecê-lo, adotando-o inclusive em sua legislação, como no caso do Brasil.

Apesar do dano biológico e o dano existencial serem reconhecidos como danos à pessoa, não se pode confundi-los, segundo entendimento de Soares (2009, p. 111), porque o primeiro diz respeito às lesões físicas e psíquicas da pessoa, em um aspecto médico-legal, enquanto o segundo versa sobre o que a pessoa faz em seu cotidiano, as tarefas que faz ou deixa de fazer, ou mesmo as que tinha planejado fazer antes da lesão.

Porém, deve-se ressaltar que o dano biológico pode gerar um dano existencial ou vice-versa, representando dessa forma um dano anexo, e não um mesmo dano.

Soares (2009, p. 111) cita o exemplo do dano corporal, que pode comprometer a realização de tarefas cotidianas, causando assim um dano existencial, ao passo que a afetação negativa das relações interpessoais, “de onde emergem os parâmetros fundamentais do desenvolvimento mental e patológico da personalidade, pode gerar um dano psíquico ou psicológico”.

⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, entende-se que o dano biológico é uma espécie de lesão imaterial, física ou psíquica, que prejudica seu equilíbrio, e não se deve confundi-lo com o dano existencial porque este prejudica o cotidiano da pessoa, o que pode advir de diversos fatores.

3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL

Sabe-se que dano existencial não consta expressamente na legislação pátria, porém a doutrina e a jurisprudência tem se utilizado de interpretações jurídicas da própria legislação e também do direito comparado para o reconhecimento e indenização do dano existencial.

Diante da inobservância dos direitos e garantias constitucionais e de todas as situações prejudiciais à própria existência do ser humano é que surge a possibilidade de indenização por dano existencial.

3.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 traz o princípio da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República, sendo a primeira da história brasileira a inserir os direitos sociais nos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 trazem diversos princípios inerentes à condição humana, bem como direitos aplicáveis ao trabalhador, dentre os quais: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos III e IV); o direito social à saúde, ao trabalho, ao lazer e à segurança (art. 6º); o direito ao livre desenvolvimento profissional (art. 5º, inciso XIII) e o direito à jornada de trabalho não superior a oito horas diárias (art. 7º, inciso XIII) e servem de norte para que tribunais trabalhistas concedam indenização por dano existencial, apesar de que o entendimento jurisprudencial não tenha sido este até recentemente.

Os direitos contidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo Martins (2008, p. 66) não são exaustivos, mas exemplificativos, pois o próprio §2º, do mesmo artigo, dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, denotando que existem outros direitos fundamentais.

O reconhecimento do dano existencial no âmbito trabalhista é recente, necessitando ainda de um estudo mais aprofundado sobre o assunto, principalmente na responsabilização do empregador, para que só então possa se dar efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental previsto pela Constituição Federal de 1988, sendo também considerada o princípio de maior importância do ordenamento jurídico.

O conceito de dignidade da pessoa humana abrange a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o torna capaz de merecer o respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, trazendo um complexo de direitos e deveres fundamentais, que assegurem proteção contra todo e qualquer ato degradante ou desumano, e que também lhe garantam condições existenciais mínimas para uma vida com saúde, além de lhe promover a participação no destino de sua própria existência e da vida que tem com os demais seres humanos (SARLET, 2006, p.60).

A natureza própria do ser humano exige o atributo da dignidade, o que impede que condições que degradam sua existência sejam admitidas pelo ordenamento jurídico.

A dignidade se confunde até mesmo com a natureza humana, conforme o ensinamento de José Afonso da Silva (2005, p. 39):

A dignidade é atributo intrínseco, da essência da pessoa humana, único e que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade estranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.

A dignidade da pessoa humana é tratada pela Constituição Federal de 1988 como um de seus fundamentos (art. 1º, inc. III⁷), sendo considerada um princípio fundamental de todo sistema jurídico. Segundo Delgado (2010, p.39), a dignidade da

⁷ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana.

pessoa humana é o “fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo, e, ainda, fim, objetivo de toda ordem econômica”.

Como princípio fundamental da Constituição de 1988, a observância do princípio da dignidade da pessoa humana é obrigatória em todo sistema jurídico, pois é um valor essencial da própria Constituição. Nesse sentido, Delgado (2010, p. 121) ensina que:

A Constituição Brasileira incorporou o princípio da dignidade humana em seu núcleo e o fez de maneira absolutamente moderna. Conferiu-lhe status multifuncional, mas combinando unitariamente todas as suas funções: fundamento, princípio e objetivo. Assegurou-lhe amplitude de conceito, de modo a ultrapassar sua visão estritamente individualista em favor de uma dimensão social e comunitária de afirmação da dignidade humana. Enquanto ser social, a pessoa humana tem assegurada por este princípio iluminador e normativo não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano circundante.

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo constitucional constitui “norma jurídico-positiva, dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregada de eficácia, alcançando, portanto, [...] a condição de valor jurídico fundamental da comunidade” (SARLET, 2007, p.72).

O princípio da dignidade da pessoa humana valoriza os direitos da personalidade, e a eles está intrinsecamente ligado, sendo considerado pela doutrina como protetor da personalidade no Brasil.

Lewicki, citado por Alvarenga, (2013, p. 98) diz que a personalidade, com “todos seus aspectos e desdobramentos, encontra sua garantia na cláusula geral de tutela da pessoa humana, cujo ponto de confluência é a dignidade da pessoa humana, por encontrar-se no ápice do ordenamento jurídico”, funcionando como um valor que reunifica a personalidade a ser tutelada.

A dignidade da pessoa humana é a tradução da grandeza humana, é o valor inato do ser humano, é a base de todos os direitos fundamentais do homem.

A inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana pode levar a uma degradação do ser humano, o que o levará a uma vida de injustiças. Neste sentido, ensina Sarlet (2006, p. 61):

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições

Minimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.

A ocorrência do dano existencial é associada à violação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois este princípio sustenta a pessoa em suas atividades realizadoras, e quando ocorre o dano, há um desequilíbrio de sua existência.

3.1.2 Direitos da personalidade

A violação dos direitos da personalidade representa também uma violação da dignidade da pessoa, pois esta se consolida à medida que são observados os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.

Segundo Alvarenga (2013, p. 76), os direitos da personalidade “são inatos e inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente”, os quais “nascem com a pessoa humana e a acompanham durante toda a sua existência, tendo como finalidade primordial a proteção aos atributos da personalidade e da dignidade da pessoa humana- em todos os aspectos”, sejam eles físicos, psíquicos, morais ou intelectuais.

Os direitos da personalidade são pertencentes ao ser humano simplesmente pela sua própria condição humana. São direitos naturais do homem, intrínsecas ao ser humano.

Bittar, citado por Alvarenga (2013, p. 77), assim define os direitos da personalidade:

São direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque insitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados ao homem, para sua proteção, independentemente de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de lege lata, pelo Estado ou pelos particulares.

Os danos aos direitos da personalidade são considerados danos extrapatrimoniais, como os danos à integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal e moral do autor).

Para Soares (2009, p. 35) os direitos da personalidade “estão assentados na dignidade humana” e estão subordinados à ela, não possuindo “expressão econômica imediata”, sendo, portanto, considerados direitos subjetivos não patrimoniais, “em que pese o fato de que tais atributos são importantes para a pessoa alcançar bens materiais”.

A Constituição Federal de 1988 protege os direitos da personalidade, e tutela esses direitos, em seu art. 5º, caput, e incisos I ao XIII; inc. XV, XVII, XXVII, alíneas a e b; inc. XXIX e XXXV⁸.

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

- I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
- VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
- [...]
- VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
- IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
- XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
- [...]
- XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
- [...]
- XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
- [...]
- XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
- XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
 - a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

Porém, em que pese estarem previstos na Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade não possuem um número definitivo, porque, conforme a evolução do direito, eles podem ser ampliados ou modificados.

A proteção constitucional aos direitos da personalidade é um dos fundamentos jurídicos que doutrinadores e tribunais têm-se utilizado para conceder indenização por dano existencial.

Os direitos da personalidade são importantes para a realização pessoal do ser humano, e sua violação pode acarretar um dano existencial à pessoa, contrariando as normas constitucionais e frustrando seu projeto de vida, conforme preleciona Soares (2009, p. 37):

Os interesses ligados à existência da pessoa estão intimamente relacionados aos direitos fundamentais, e consequentemente, aos direitos da personalidade. Da ampla tutela dos mesmos, resulta a valorização de todas as atividades que a pessoa realiza ou possa realizar, pois tais atividades são capazes de fazer com que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, plenamente, todas as suas faculdades físicas e psíquicas, e a felicidade é, em última análise, a razão de ser da existência humana.

Assim, pode-se concluir que os danos aos direitos da personalidade podem frustrar o projeto de vida e a vida de relação do ser humano, impedindo-o de alcançar seus objetivos, e consequentemente, sua felicidade.

3.2 DIREITOS HUMANOS

Direitos humanos são aqueles relativos ao ser humano, com uma característica mais genérica e não específica, sendo referidos geralmente em declarações de direitos humanos. São direitos subjetivos especiais (MARTINS, 2008, p. 40).

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, 1988, *online*)

Os direitos humanos devem ser reconhecidos em um nível nacional e internacional, pois foram objeto de conquista em várias lutas no decorrer da história. Conforme ensina Perez Luño, os direitos humanos podem ser definidos como:

Un conjunto de facultades e intituções que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidade, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional e internacional (2007, p. 213).

Não se deve, entretanto, confundir direitos humanos com direitos fundamentais (os quais são positivados na Constituição Federal de 1988), pois ambos são diferentes, conforme ensina Sarlet (2006, p. 35-36):

Em que pesem sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”), comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da qual o Brasil é signatário, havendo também uma forte influência dela na Constituição Federal de 1988, veio para revigorar os direitos humanos, logo após o impacto causado pelas atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Essa declaração foi formada pelos principais ideais da Revolução Francesa (*liberté, égalité e fraternité*) e trouxe um ideal a ser atingido por toda comunidade internacional.

Segundo Flávia Piovesan (2006 p. 8), a Declaração Universal dos Direitos Humanos, expoente dos direitos humanos, surgiu como uma resposta aos horrores e atrocidades cometidas pelo nazismo e trouxe uma inovação no cenário dos direitos humanos:

Neste cenário, a Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.

Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

A Declaração de 1948 trouxe um amplo reconhecimento e uma evolução dos direitos sociais, assim como também direitos intrínsecos à natureza do homem, conforme seu artigo 22:

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (UNESCO, 1948, *online*)

Assim, pode-se afirmar que a ocorrência do dano existencial pode ferir os direitos humanos da vítima, pois ao ferir seus direitos sociais e sua liberdade de escolha de vida, retira-lhe o direito de ter uma existência digna, o que vai de encontro aos ideais propostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

3.3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Para a caracterização do dano existencial, a doutrina tem se utilizado também da interpretação jurídica dos princípios jurídicos, como o princípio fundamental da solidariedade e o princípio da *alterum non laedere* ou *neminem laedere*.

Segundo Bonavides (2000, p. 286 e 288), os princípios são as norma-chave de todo sistema jurídico e são “o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo”, e graças a eles os sistemas constitucionais “granjeiam a unidade de sentido”, auferindo a valoração de sua ordem normativa.

Os princípios norteiam o comportamento humano, impondo limites, para que assim haja a preservação do bem comum na vida em sociedade. Eles possuem força superior normativa, sobrepondo-se até mesmo sobre a lei e os costumes.

3.3.1 Princípio da Solidariedade

A solidariedade surgiu para fazer oposição à máxima individualista, que pensava que o homem não necessitava da ajuda de outros, como era visível na Antiguidade Clássica, com ênfase nas lições de Protágoras (SOARES, 2009, p. 55).

Teve uma maior valorização a partir da Revolução Industrial, época em que houve uma evolução da exploração dos direitos do homem, visando a proteção não isolada do homem, mas sim da coletividade.

O princípio da solidariedade é direito fundamental e foi normatizado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, inc. I:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

(BRASIL, 1988, *online*)

O princípio da solidariedade tem fundamento sociológico e pode ser definido como fonte caracterizadora da pessoa humana como ente social, norteando a amizade política no espaço público, buscando aproximar a cooperação social entre os povos e pessoas e não pode ser imposto pela estrutura política, pois tem como pressuposto a liberdade (MACHADO; FERRAZ, 2012, p. 9).

O princípio da solidariedade é classificado como direito de terceira dimensão, e buscam a proteção dos grupos sociais, conforme ensina Sarlet (2006, p. 54):

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

O surgimento dos direitos da solidariedade, aliado a outros direitos, deu-se através da necessidade de se diminuir as diferenças entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, por meio de uma mútua colaboração entre os países.

O princípio da solidariedade tem por objetivo à manutenção da existência digna de todos os indivíduos, com uma distribuição de justiça igualitária para todos, mesmo estes sendo de diferentes classes sociais.

3.3.2 Princípio do *alterum non laedere* ou *neminem laedere*

O princípio do *alterum non laedere* provém de Roma, sendo formulado pelo romano Ulpiano: “*iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”- “Os preceitos do Direito são estes: viver honradamente, não molestar aos outros, dar a cada um que é seu.”⁹

Soares (2009, p. 58-59) explica que os preceitos do Direito apresentados por Ulpiano determinam uma conduta social:

Esses três itens, anteriormente apresentados, indicam determinações em diferentes alcances- a conduta honesta é uma determinação da pessoa para consigo, como um imperativo de sua própria consciência, e que determina, dentre outras atribuições, a conduta em que a pessoa deve agir, corretamente, e cumprir as obrigações para as quais se comprometeu, agindo de acordo com as normas socialmente estipuladas; o dever de não lesar, que é o respeito ao semelhante, um compromisso da pessoa para com os demais de não ofender os interesses alheios, e que determina a sua responsabilidade pelas consequências do compromisso assumido, e a determinação de dar a cada um o que é seu, que é a representação do ideal de justiça distributiva e de comutatividade nas reações jurídicas- e, representam a finalidade última da promoção do bem entre todos.

O princípio do *alterum non laedere* tem como fundamento a obrigação das pessoas de sempre fazer o bem, como norma de conduta a ser seguida, para que haja uma convivência harmoniosa e pacífica, com o mínimo de ocorrência de lesões.

O princípio do *alterum non laedere* ou *neminem laedere* é um princípio genérico da responsabilidade civil, aplicável aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, e também serve de base à responsabilidade por dano existencial.

Assim, conclui-se que os fundamentos jurídicos utilizados pela doutrina e jurisprudência foram aqui abordados por se tratarem de diretrizes e indicadores do reconhecimento do dano existencial.

No próximo capítulo será feita uma análise do dano existencial nas relações de trabalho, e será demonstrado que esse dano tem tido uma melhor aceitação na

⁹ Tirado do seguinte endereço eletrônico: <<http://latin.dechile.net/?Ulpiano>>. Acesso em 11-06.2015.

Justiça do Trabalho, através de relatos de casos, com as respectivas jurisprudências.

4 O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Ao analisar-se o dano existencial no Direito do Trabalho, deve-se ter em pauta o princípio da proteção ao trabalhador, o qual visa atenuar as diferenças econômicas entre empregador e empregado, com uma proteção jurídica favorável ao empregado.

Segundo Martins (2008, p.61), o princípio da proteção ao trabalhador se divide em: *in dubio pro operário* (na dúvida, deve-se aplicar a regra mais favorável ao trabalhador na análise de preceito que encerra regra trabalhista); aplicação da norma mais favorável ao trabalhador (criação de normas favoráveis e aplicação destas quando houver hierarquia de normas), e a aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador (as vantagens já alcançadas pelo trabalhador não podem ser modificadas para pior).

Os elementos do princípio da proteção ao trabalhador asseguram que este possa ser tratado de forma mais igualitária na relação processual (já que é a parte hipossuficiente na relação de trabalho) em caso da necessidade de comprovação da ocorrência do dano existencial.

4.1 O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

A teoria do dano existencial foi trazida do Direito Italiano para o Direito Brasileiro, tendo recebido uma boa aceitação pela jurisprudência e doutrina, as quais encontraram fundamentos para a caracterização da ocorrência do dano na própria Constituição Federal de 1988, a qual prevê: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III); direito à liberdade (art. 5º, *caput*); direito da proteção à família (artigos 226 e 227) e também no princípio da reparação integral do dano (artigos 186, 944, 948 e 949).

Os direitos trabalhistas foram tratados como fundamentais pela Constituição Federal de 1988, bem como os direitos sociais, os quais visam garantir ao trabalhador uma existência digna, porém existe uma grande dificuldade hodiernamente de se efetivar essa proteção constitucional. Em relação aos direitos sociais, assim prevê o art. 6º da Constituição Federal de 1988:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, *online*)

É um conceito pouco utilizado no direito brasileiro, mas tem sido objeto de estudo por alguns doutrinadores que defendem a possibilidade de indenização por dano existencial. De forma que o cabimento do dano existencial no direito do trabalho brasileiro vem sendo aceito pelos doutrinadores e aos poucos também pelos próprios tribunais.

A ocorrência do dano existencial no âmbito trabalhista pode se dar de diversas formas, como longas e extenuantes jornadas de trabalho (ainda que pagas as horas extraordinárias); não concessão de férias; acidentes de trabalho; ocorrência de doenças laborais; trabalho análogo ao de escravo; etc. Essas são situações que afetam o projeto de vida e a vida de relação do trabalhador (os quais são os elementos caracterizadores do dano existencial).

Sobre a ocorrência do dano existencial na relação de trabalho, ensina Nascimento que esta pode se dar:

[...] pela não concessão de férias por um longo período, pela sobrecarga de horas extras além do limite legal de forma habitual, tudo de modo a causar um prejuízo concreto no modo de vida da pessoa (prejuízo à saúde psíquica) e/ou a um projeto de vida (exemplifique-se com o trancamento da faculdade por não conseguir comparecer as aulas) e/ou prejuízo concreto no convívio familiar (exemplifique-se com um divórcio por estar sempre ausente do meio familiar) (NASCIMENTO, 2014, *online*).

As longas jornadas de trabalho, além de desgastar o trabalhador, de forma contrária às leis trabalhistas, podem impedir seu direito constitucional ao lazer, à sua dignidade e à convivência social e familiar.

Ainda, segundo Guedes, o dano existencial ao trabalhador:

[...] pode decorrer da dispensa injusta, do rebaixamento de função, da obrigação de trabalhar em condições desconfortáveis e inseguras, da preterição na ascensão profissional, e, especialmente, da perda da paz interior decorrente do assédio sexual ou da vexação e humilhação insidiosas próprias do *mobbing*, ainda que de natureza leve (GUEDES, 2008, p. 129, grifo da autora).

O dano existencial afeta o descanso garantido por lei ao trabalhador, e retira deste a possibilidade de exercer atividades culturais, de lazer e de recreação, os quais são indispensáveis ao seu bem-estar.

Para Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, *online*), o dano existencial no Direito do Trabalho pode ocorrer da seguinte forma:

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Com o passar do tempo, a doutrina veio enumerando as diversas formas que o dano existencial pode ocorrer no Direito do Trabalho, e também a possível responsabilidade do empregador, que deve ser comprovada para a caracterização da ocorrência do dano existencial. O doutrinador Afonso (2014, p. 280) relaciona as possibilidades de ocorrência do dano existencial decorrente da relação de trabalho:

- I. Acidente de trabalho com vítima de lesão física e morte;
- II. Não recolhimento do INSS que frustra a aposentadoria do trabalhador;
- III. Meio ambiente de trabalho insalubre que acarrete lesão;
- IV. Meio ambiente de trabalho degradante e sem condições mínimas;
- V. Trabalho análogo ao de escravo;
- VI. Jornada excessiva habitual e sem permissão de intervalos semanal, interjornada e anual e que priva a vida de relação, os direitos sociais;
- VII. Assédio moral com traumas psicológicos;
- VIII. Assédio sexual com traumas psicológicos;
- IX. Entre outras que podem surgir durante o contrato de trabalho, desde que frustre o projeto de vida e a relação do trabalhador, sob pena de ocorrer o dano moral simples que visa reparar a dor e ofensa ao espírito da pessoa.

Diante da inobservância dos direitos e garantias constitucionais e de todas as situações prejudiciais à própria existência do trabalhador é que surge a possibilidade de indenização por dano existencial.

4.2 DANO EXISTENCIAL DECORRENTE DA JORNADA DE TRABALHO

As longas jornadas de trabalho têm prejudicado muito a saúde dos trabalhadores, e é um tema muito discutido na seara trabalhista, pois é grande o número de violação dos direitos de intervalos, férias, descanso semanal remunerado e às diversas maneiras de interrupção e suspensão do contrato de trabalho.

O doutrinador Mauricio Godinho Delgado (2012, p.862) assim conceitua a jornada de trabalho:

Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca a disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. E, desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula. A jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato — o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador.

As jornadas extenuantes de trabalho ocorrem frequentemente porque o trabalhador é a parte hipossuficiente na relação de trabalho e é obrigado a se submeter a elas, pois necessita do salário para sustentar a si e a sua família.

Galbraith, citado por Ronchi (2012, p.17), assim analisa a necessidade do trabalho:

O trabalho é algo visto de modo bastante diferente por pessoas diferentes. Para muitos —e isso é o mais comum— o trabalho é algo imposto pela exigência mais básica da vida: é o que os seres humanos devem fazer, talvez sofrer, para poder ter uma existência e tudo o que faz parte dela. Ele garante a alegria de viver e afasta desconfortos mais graves ou coisas piores. Embora muitas vezes repetitivo, estafante e mentalmente desinteressante, é suportado para que se possa atender as necessidades da vida e obter alguns prazeres, além de certa reputação na sociedade.

A utilização excessiva da mão de obra do empregado impede que este execute suas atividades realizadoras fora do ambiente de trabalho, que podem ser tanto através de um único ato do empregador, como uma atividade extraordinária que o impede de assistir o casamento do filho, por exemplo, como também através de atos em sequência que causem o mesmo efeito no trabalhador.

A violação do limite máximo permitido ao trabalhador para cumprir horas extraordinárias, previsto no art. 59, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁰, apesar da prescrição do artigo 61¹¹ do mesmo dispositivo, pode ocorrer mesmo quando não há trabalho efetivo, como na hipótese em que trabalhador fica apenas à disposição do empregador.

Mas nem sempre a jornada extraordinária serão as duas horas excedentes previstas na Consolidação das Leis do Trabalho. Segundo Silva (2013, p. 1-2), a pretensão de hora extraordinária ocorre de várias formas, podendo significar:

¹⁰ Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

¹¹ Art. 61 - Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencional, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

- a) o excedente do módulo diário de oito horas;
- b) o excedente de outro módulo reduzido por lei ou por contrato, como as seis horas do bancário ou as cinco horas do jornalista;
- c) o excedente do módulo semanal, normalmente de 44 horas;
- d) a violação do intervalo para refeição e descanso, sob acirrada controvérsia;
- e) descumprimento do intervalo intrajornada de onze horas, que deveria ter sido devotado ao sono e ao repouso;
- f) serviços suplementares em domingo sem folga compensatória;
- g) questões atinentes a feriados civis e religiosos;
- h) desrespeito a intervalo intrajornada para descansos de músculos ou tendões, como no caso do datilógrafo, do telefônico e do frigorífico;
- i) problemas com base de cálculo, que deveria conter todas as parcelas de natureza salarial;
- j) dificuldades no cálculo do divisor, sendo 220 o mais comum;
- l) debate sobre o adicional, que a Constituição Federal de 1988 fixou em 50%, mas que não raro é majorado por negociação coletiva;
- m) impacto de reflexos das horas extras pagas;
- n) conceito de tempo à disposição do empregador, a fim de incluir, por exemplo, o percurso entre a residência do empregado e o local de trabalho não servido de transporte coletivo;
- o) análise dos cartões de ponto, dentre vários outros pontos controvertidos.

Com pode-se observar, de diversas formas o tempo dedicado ao trabalho pode ultrapassar o tempo livre e o repouso dos trabalhadores, prejudicando-os no convívio com sua família e interação social.

Há que se ressaltar que não apenas a extrapolação do limite legal de horas extraordinárias feitas pelo trabalhador pode-se configurar dano existencial, mas o mesmo também ocorre quando o trabalhador é reduzido à condição análoga à de escravo, o que é vedado pelo artigo 149 do Código Penal Brasileiro¹².

Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, em sua Instrução Normativa nº 91, de 05 de outubro de 2011, é considerado trabalho em condição análoga à de escravo:

Art. 3º. Para os fins previstos na presente Instrução Normativa, considera-se trabalho realizado em condição análoga à de escravo a que resulte das seguintes situações, quer em conjunto, quer isoladamente:

[...]

II - A submissão de trabalhador à jornada exaustiva;

[...]

§ 1º. As expressões referidas nos incisos de I a VI deverão ser compreendidas na forma a seguir:

b) “jornada exaustiva” - toda jornada de trabalho de natureza física ou mental que, por sua extensão ou intensidade, cause esgotamento das capacidades corpóreas e produtivas da pessoa do trabalhador, ainda que

¹² Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

transitória e temporalmente, acarretando, em consequência, riscos a sua segurança e/ou a sua saúde.

Assim, a jornada exaustiva prejudica a rotina do empregado podendo levá-lo a situações degradantes, humilhantes e indignas, o que configura a submissão deste à condição análoga à de escravo.

A condição análoga à de escravo leva o trabalhador a sofrer um dano existencial, conforme ensina Soares (2009, p. 75):

Na esfera do Direito do Trabalho, o dano existencial também pode estar presente, quando se constata o trabalho em condição degradante ou análoga à de “escravo”, no qual o “empregador” coage o “empregado” a realizar tarefas em condições subumanas, no tocante ao horário, às condições de higiene, de alimentação e habitação, sem contraprestação pecuniária, ou criando artifícios para que a remuneração seja consumida – tal como ocorre com a caderneta em mercado de propriedade do próprio empregador ou de pessoa a ele relacionada.

A submissão do trabalhador aos trabalhos forçados (com previsão nas Convenções 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, as quais foram ratificadas pelo Brasil) viola a dignidade e a personalidade do trabalhador, anulando seu direito à liberdade.

Assim, conclui-se que o dano existencial pode ocorrer quando há violação extenuante dos limites da duração do trabalho, atingindo a dignidade do trabalhador como cidadão e ser social, afetando seus projetos de vida e prejudicando seu convívio familiar e social.

4.3 O DANO EXISTENCIAL E A SAÚDE DO TRABALHADOR

O direito à saúde encontra previsão na Constituição Federal de 1988 e é classificado por esta como direito social¹³, sendo que o salário recebido pelo trabalhador deve ser suficiente para atender às necessidades relativas à sua própria saúde, como também de sua família¹⁴. O Estado deve ser garantir o direito à saúde

¹³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

¹⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
[...]

mediante políticas sociais e econômicas que visem reduzir o risco de doenças, bem como disponibilizar o acesso aos serviços de saúde a todos.

A definição de saúde com relação ao trabalho é dada pela Organização Internacional do Trabalho¹⁵ (Convenção nº 155, art. 3º, alínea “e”), abrangendo “ [...] não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho” (OIT, 1981, *online*)

O direito à saúde é um direito individual e social do trabalhador, que implica na qualidade de vida deste. Corroborando este entendimento, Trindade, citado por Martins (2008, p. 136) analisa que o direito à saúde:

É um direito individual no sentido de que requer a proteção da integridade física e mental do indivíduo e de sua dignidade; e é também um direito social no sentido de que impõe ao Estado e à sociedade a responsabilidade coletiva pela proteção da saúde dos cidadãos e pela prevenção e tratamento das doenças. O direito à saúde, assim apropriadamente entendido, fornece como o direito à vida, uma ilustração vívida da indivisibilidade e da inter-relação de todos os direitos humanos.

No mundo moderno, o ritmo e a carga de trabalho têm aumentado de forma considerável, prejudicando a saúde do trabalhador. Cada vez há mais pressões para que produza mais, juntamente com novas tecnologias e pressão psicológica para ser cada vez mais eficiente, têm forçado o trabalhador a ter uma menor interação social.

O ambiente profissional tem se tornado cada vez mais desgastante, física e emocionalmente, o que vem afetando a saúde do trabalhador. Nesse sentido, leciona Ronchi (2012, p. 103):

Boa parte das pesquisas realizadas aponta para a erosão da saúde do trabalhador devido ao culto à eficiência sem limites. A eficiência dominou amplamente o ambiente organizacional, impondo o máximo rendimento no menor tempo possível, porém não sem deixar seus vestígios silenciosos. Depois de décadas seguidas de culto à eficiência, desde Taylor até os dias de hoje, percebe-se que a produção enxuta (*just in time*), o *downsizing*, a

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

¹⁵ A Organização Internacional do Trabalho possui as seguintes convenções sobre a saúde, ratificadas pelo Brasil: Convenção nº 148, de 20 de junho de 1977 (Convenção do Ar, Ruído e Vibrações); Convenção nº 155, de 22 de junho de 1981 (que versa sobre a segurança e saúde dos trabalhadores); Convenção nº 161, de 27 de junho de 1985 (versa sobre serviços de saúde no trabalho).

reengenharia, dentre outras ferramentas tem significado uma decadência para os trabalhadores, visto que impõem uma perda de saúde considerável.

A consequência da eficiência sem limites no trabalho têm levado o trabalhador a uma fadiga e estresse extremos, comprometendo significativamente sua saúde.

Dentre as doenças mais comuns que acometem o trabalhador e que podem acarretar o dano existencial, pode-se destacar a L.E.R. (lesões por esforços repetitivos, também chamada de Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho- DORT), podendo ser desenvolvida pelas péssimas condições de trabalho a qual o trabalhador é obrigado a submeter-se, e que em estágio avançado pode levar à incapacidade para realização de diversas atividades, conforme explica Soares (2009, p. 76):

A atividade centrada sobre determinados músculos corporais, falta de flexibilidade, de controle, de pausa e elevado ritmo do trabalho (exigência de produtividade cada vez maior) e o uso de móveis e equipamentos inadequados, são apontados pela doutrina como elementos causais do DORT, elementos estes que poderão ocasionar a lesão conforme a intensidade, duração e frequência do movimento. A LER é típico exemplo de dano à saúde que se configura concomitantemente a um dano existencial.

Outro exemplo em que pode ocorrer o dano existencial concomitantemente com o dano à saúde, seria os acidentes de trabalho, em que a vítima perde algum membro ou o movimento deste, o que a impede de completar atividades realizadoras, sejam atividades cotidianas ou algum projeto de vida que sonhou em realizar no futuro, como tocar algum instrumento, por exemplo.

Não são apenas os problemas de saúde física no ambiente de trabalho que podem acarretar em um dano existencial, mas também os de ordem psíquica, como no caso de indivíduos acometidos pela síndrome de *Burnout*. Essa síndrome, de natureza psicológica, faz com que a pessoa perca o sentido em relação ao trabalho, fazendo com que coisas antes consideradas interessantes já não tenham mais razão de ser.

Segundo Ronchi (2012, p. 120), a síndrome de *Burnout* é relacionada ao cotidiano do trabalho e acomete principalmente profissionais que trabalham tratando ou cujo serviço envolve pessoas e é caracterizada pela despersonalização, exaustão emocional e o baixo sentimento de realização.

Consequentemente, os indivíduos acometidos da síndrome de *Burnout*, acabam deixando suas próprias necessidades de lado, pois suas atividades realizadoras que davam sentido à sua vida já não têm mais importância, o que configura a ocorrência do dano existencial.

O direito fundamental à saúde do trabalhador, quando não observado, leva à perda da qualidade de vida deste, afeta seus relacionamentos, seus objetivos de vida e consequentemente, sua felicidade, acarretando um dano existencial, o que pode ensejar uma responsabilização por parte do empregador.

4.4 O DANO EXISTENCIAL NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA BRASILEIRA

A busca incessante do lucro e a exploração de mão de obra tem levado ao descumprimento da legislação trabalhista e aos direitos e garantias constitucionais por parte dos empregadores, o que tem gerado uma série de danos aos trabalhadores, dentre eles o dano existencial.

Para que haja a responsabilização do empregador que der causa ao dano existencial, é necessário que haja a comprovação efetiva do dano e como este afetou a vida do trabalhador de forma negativa.

A condenação em casos comprovados de dano existencial torna-se necessária porque é um meio de educar o empregador a fim de que este tenha consciência do ato ilícito que cometeu e não o pratique novamente.

Apesar da teoria do dano existencial ser recente, os tribunais trabalhistas brasileiros vêm reconhecendo-a e condenando o infrator por frustrar o projeto de vida e a vida de relação do trabalhador.

Em relação ao *quantum* indenizatório do dano existencial, o Desembargador Ledur, citado por Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, *online*) sugere que sejam observados os seguintes parâmetros:

A condenação em reparação de dano existencial deve ser fixada considerando-se a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do lesante. Para surtir um efeito pedagógico e econômico, o valor fixado deve representar um acréscimo considerável nas despesas da empresa, desestimulando a reincidência, mas que preserve a sua saúde econômica.

A indenização deve corresponder ao dano, sempre que possível (art. 944 do atual Código Civil)¹⁶, o ofendido não deve receber um valor injusto, mas também não deve receber um valor a mais do que sofreu. Evidentemente, o valor da indenização não eliminará o dano, mas apenas servirá para amenizar a dor e os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Nos próximos tópicos serão relatadas jurisprudências dos Tribunais Trabalhistas brasileiros, no que concerne ao dano existencial, com o proferimento de decisões que reconheceram a ocorrência do dano existencial e condenaram os réus ao pagamento de indenização.

4.3.1 Caso de dano existencial decorrente de jornada de trabalho exaustiva (Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região)

A Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região condenou a reclamada, em 27 de julho de 2014, ao pagamento no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por dano existencial, juntamente com outros direitos trabalhistas devidos:

(...) DANO MORAL. **DANO EXISTENCIAL**. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. (...) DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O **dano existencial**, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. - (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de). **Dano existencial**: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do **dano existencial**, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de

¹⁶ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja, que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado **dano existencial** (...)" (RR - 727-76.2011.5.24.0002 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 28/06/2013). No caso, o trabalhador era submetido a jornada de trabalho diária de 14 horas, em média, com trabalho aos domingos e apenas uma folga compensatória, revelando conduta contrária ao disposto nos artigos 6º, 7º, XIII, da Constituição Federal e 59 da CLT, refletindo a ilicitude patronal na privação do direito aos convívios social e familiar do empregado, caracterizando dano moral passível de reparação pela via indenizatória.

(TRT-10 - RO: 01235201310210008 DF 01235-2013-102-10-00-8 RO, Relator: Desembargador Dorival Borges de Souza Neto. Data de Julgamento: 23/07/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: 04/08/2014 no DEJT) (Grifo nosso)

O reclamante desempenhava a função de motorista na empresa, tendo sido demitido sumariamente após ter sido supostamente flagrado pelo gerente de transportes com sintomas de embriaguez no trabalho.

Inconformado com a dispensa por justa causa, o reclamante ingressou com uma Reclamatória Trabalhista requerendo as verbas trabalhistas devidas e a condenação da reclamada à indenização por dano existencial, embasado na exigência de jornada de trabalho atípica (jornada de trabalho superior a 12 horas diárias), o que o impediu de ter um contato social mínimo com sua família e amigos, provocando-lhe danos na esfera psíquica e social.

O pedido foi julgado parcialmente procedente pelo juiz de primeira instância, que reconheceu como justo o motivo alegado pela reclamada para a rescisão do contrato (embriaguez habitual ou em serviço), deferindo as verbas rescisórias devidas.

Inconformado, o reclamante interpôs Recurso Ordinário, alegando ausência de comprovação da suposta embriaguez, questionando a valoração da prova testemunhal e alegando rigor na punição.

No proferimento do voto, o relator Desembargador Dorival Borges de Souza Neto, reconheceu a ocorrência do dano existencial, sustentando que devido à extensa jornada de trabalho, o recorrente foi impedido de realizar qualquer tipo de lazer, e teve prejudicada sua convivência conjugal e familiar:

Ora, restou amplamente demonstrada a dimensão da jornada de trabalho superior a 12 horas diárias por imposição do empregador, indubitavelmente ilícita, em violação direta ao artigo 59 da CLT, que autoriza a prorrogação somente de duas horas na jornada constitucional de oito horas. E, por conseguinte, emergem inquestionáveis os prejuízos ao patrimônio imaterial

do reclamante, porquanto se afigurem manifestos seus efeitos deletérios ao pleno e satisfatório exercício desta que é, talvez, a faceta mais preciosa e essencial da existência humana: a convivência social e familiar; elemento ontológico de sua subjetividade. Arrisco ir mais longe: a própria embriaguez imputada ao reclamante pode estar vinculada a este labor excessivo. A restrição de horários livres (o empregado ingressava no serviço às 7h30min e saía, em média, às 22h), impedia qualquer tipo de lazer, inclusive o de se divertir. Consoante a inicial, “casado” é o estado civil do reclamante. Na esteira desta limitação, que espaço havia para o atendimento familiar, se o trabalhador chegava em sua residência bem depois das 22h e saía antes das 7h? Induvidosamente esta limitação causou dificuldades na convivência conjugal, por mínimas que fossem. Provavelmente também tenha filhos, então, que tempo lhe restava para a convivência com eles? Não bastasse isso, o caso se agrava pela exigência de trabalho aos domingos, restando provadas uma ou duas folgas compensatórias. Conforme se extrai da jurisprudência do Excelso STF e do C. STJ, para que se configure o dano moral, não é necessário que ocorra lesão a um direito subjetivo da vítima ou prejuízo por ela sofrido. A simples violação de qualquer situação jurídica subjetiva extrapatrimonial na qual a vítima esteja envolvida, desde que merecedora da tutela jurídica, basta para gerar o direito de reparação. Data vênia, **o dano existencial** está cabalmente provado e não há que se exigir prova de lesão extrapatrimonial. Não há como mensurar, no caso, as angústias do empregado e de sua família pela ausência prolongada. (Grifo nosso).

Assim, ante as provas produzidas, restou comprovado o dano existencial sofrido pelo recorrente, em sua vida de relação, pois já não tinha mais uma convivência familiar satisfatória, o que prejudicou sua família, e tampouco tinha tempo para lazer ou atividades recreativas, o que lhe causou um profundo abalo psíquico e moral.

4.3.2 Caso de dano existencial decorrente da não concessão de férias - (Tribunal Superior do Trabalho)

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho condenou a recorrida em 19 de junho de 2013, ao pagamento de indenização por dano existencial no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), dentre outros direitos trabalhistas devidos:

[...] DANO MORAL. **DANO EXISTENCIAL**. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O **dano existencial**, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. -

(ALMEIDA NETO, Amaro Alves de Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do **dano existencial**, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja, que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado **dano existencial**. 4 . Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (TST, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/06/2013, 1ª Turma)

A autora afirmou na peça inicial que foi admitida em junho de 2002 para desempenhar a função de assessora de presidente da reclamada, com o dever de assessorar também os diretores da empresa. Alegou que a ré não fez o reconhecimento do vínculo empregatício.

Sustentou ainda que a relação de emprego negada pela ré impediu que ela tivesse gozo de férias durante os dez anos de contrato, caracterizando, assim, uma conduta abusiva que viola os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Em sede de defesa, a ré alegou que não houve o vínculo de emprego, afirmando que a relação entre ela e a autora originou-se única e exclusivamente de contrato de prestação de serviços profissionais autônomos relacionados à consultoria.

O pedido de indenização foi formulado sob o título de “dano moral”, sendo julgado improcedente pelo juiz de primeira instância, que não reconheceu a ocorrência do dano.

Inconformada com a decisão, a reclamante interpôs Recurso de Revista alegando que a falta de férias pelo período de dez anos fez com que não pudesse se recompor física e psiquicamente dos males oriundos das longas jornadas as quais era submetida. E que ainda fora acometida de um visível desgaste físico e mental, o que lhe trouxe a privação do convívio intenso que tinha com amigos e familiares.

Em que pese o pedido da autora ter sido formulado sob a alegação de ter ocorrido “dano moral”, o entendimento da Primeira Turma foi de que houve a ocorrência do dano existencial, pois houve comprovada violação ao art. 5º, inc. X da Constituição Federal de 1988¹⁷, tendo a autora sido prejudicada em sua vida de relação familiar e social durante os dez anos em que não pode usufruir do seu direito de férias.

4.3.3 Caso de dano existencial decorrente de jornada extraordinária excedente do limite legal de tolerância (Tribunal Regional da Quarta Região)

O Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região condenou a recorrida em 13 de novembro de 2013, ao pagamento de indenização por dano existencial no valor de R\$ 9.002,36 (nove mil e dois reais e trinta e seis centavos), dentre outros direitos trabalhistas devidos:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado o dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico-objetiva de valor de nossa Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso do reclamante parcialmente provido.

(TRT-4 , Relator: JOSÉ FELIPE LEDUR, Data de Julgamento: 13/11/2013, 17ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

O reclamante realizava trabalho externo como motorista para a reclamada e estava submetido ao controle de jornada mediante um rastreador, com estipulação do tempo da viagem. Requereu na Reclamatória Trabalhista o pagamento de horas extraordinárias, tanto pela empresa contratante quanto pela empresa que se beneficiava de seus serviços, subsidiariamente.

¹⁷ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (Nota: Mesmo constando no inciso a expressão “dano moral”, os desembargadores reconheceram na decisão a ocorrência do dano existencial, o que demonstra o reconhecimento desse novo dano pelos tribunais).

Requeru ainda indenização por danos morais/existenciais, alegando que havia exigência de labor excessivo sem a devida contraprestação e que ainda recebia descontos indevidos, não recebia diárias ou fruía dos intervalos a que tinha direito.

A magistrada de primeira instância indeferiu o pedido do autor concernente aos danos morais/existenciais, fundamentando que a realização de horas extras, por si só, não induziram à conclusão de que o reclamante tenha sido submetido às condições degradantes ou humilhantes que feriram sua honra ou dignidade.

O reclamante, inconformado com a decisão, interpôs Recurso Ordinário, asseverando que tinha que laborar dezesseis horas diárias para conseguir cumprir o contrato de prestação de serviços firmados pela ré com as empresas clientes, aduzindo que a exigência de jornada excessiva o afastou do convívio social e familiar.

A fixação do *quantum* indenizatório em casos de ocorrência de dano existencial é de difícil mensuração, pois não há como compensar materialmente tudo o que a vítima perdeu com a falta ou o prejuízo do convívio familiar e social.

Na decisão do Recurso Ordinário no caso em tela, para a fixação do *quantum* indenizatório, o desembargador José Felipe Ledur fez a seguinte análise:

A indenização pelo dano existencial sofrido pelo reclamante em razão da conduta da primeira ré é de difícil mensuração. Para a fixação do *quantum* indenizatório é importante que se levantem certos parâmetros, visto que inexistente critério objetivo previsto no ordenamento jurídico. A condenação em reparação de dano existencial deve ser fixada considerando-se a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do lesante. Para surtir um efeito pedagógico e econômico, o valor fixado deve representar um acréscimo considerável nas despesas da empresa, desestimulando a reincidência, mas que preserve a sua saúde econômica. Como visto, o reclamante teve a sua vida privada prejudicada em razão da exigência de jornadas excessivas, o que representa afronta a direitos fundamentais. Ademais, a reclamada é empresa de grande porte e com considerável capacidade econômica, o que se tem conhecimento em razão do julgamento de diversas outras demandas envolvendo a mesma empresa. Tem-se por razoável arbitrar a indenização por dano existencial no valor aproximado de duas remunerações para cada ano em que a parte autora trabalhou em jornada de 14 horas. Segundo os recibos, a última remuneração percebida pelo reclamante foi de R\$ 2.250,59 (Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho à fl. 07). Assim, considerando, ainda, que o autor trabalhou cerca de dois anos na referida jornada, fixa-se a indenização em R\$ 9.002,36 (nove mil e dois reais e trinta e seis centavos).

Neste caso, houve o reconhecimento do Tribunal da ocorrência do dano existencial, ante a violação dos direitos fundamentais do trabalhador ao ser

submetido a uma jornada de trabalho excessiva, o que o afastou do seu convívio familiar e social, prejudicando sua vida de relações.

Assim, observa-se que há uma interpretação extensiva por parte dos Tribunais na análise da ocorrência do dano e uma releitura do próprio conceito de dano moral, demonstrando o reconhecimento da existência do dano existencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa sobre o dano existencial nas relações de trabalho mostrou-se relevante, porque nos dias atuais, vê-se uma supressão dos direitos trabalhistas por parte dos empregadores, não apenas os previstos na legislação trabalhista, mas principalmente os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988, o que ocorre muitas vezes com a omissão do Estado.

Hoje as pessoas buscam obter o lucro de maneira desenfreada, como dita a economia capitalista, mesmo que isto implique em longas jornadas de trabalho, meio ambiente de trabalho inóspito, condições de trabalho indignas, etc., e acabam por não notar as consequências que isso pode acarretar na vida dos seres humanos que dependem do trabalho e muitas vezes têm dedicado a ele suas próprias vidas.

Com todo o desrespeito existente à dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade e sociais do trabalhador, a classificação dos danos imateriais em apenas “danos morais” tornou-se insuficiente para abarcar todos os danos sofridos pela vítima.

A teoria do dano existencial no Direito do Trabalho veio para garantir que o trabalhador possa ser indenizado pelos dissabores sofridos ao não poder mais ter uma vida de relação familiar e social como dantes possuía ou não conseguir mais realizar seus sonhos e projetos idealizados. Ressalte-se que esses prejuízos na vida do trabalhador são impostos involuntariamente a este.

A tutela jurisdicional faz-se necessária não somente para indenizar a vítima pelo dano, mas também possui caráter pedagógico, a fim de se desestimular a reincidência por parte do empregador.

O dano existencial, por ser recente no ordenamento jurídico e não estar previsto na legislação pátria, tem levantado algumas questões quanto às suas

condições de possibilidade e aplicação. Existe o entendimento por alguns juristas e doutrinadores que não há dano existencial quando o ato ilícito possa ser passível de reparação econômica através da condenação do empregador ao pagamento do direito lesado, como no caso da jornada de trabalho excessiva ou a inexistência de descanso, pois existe previsão na legislação trabalhista para o pagamento de tais ilícitos.

Outros argumentam que o dano existencial é apenas uma “moda” que não acrescenta elementos novos à tutela dos danos extrapatrimoniais.

Porém, através da pesquisa realizada, pode-se constatar que a caracterização do dano existencial foi uma evolução ocorrida no Direito, com um conceito próprio que faz com que este não se confunda com as outras espécies de danos, admitindo até mesmo a possibilidade de cumulação, de forma diferenciada.

Ademais, a indenização pelo dano existencial na seara trabalhista não busca compensar perdas ou meros dissabores decorrentes da lesão aos direitos trabalhistas, porque a própria legislação já o contempla, mas sim, busca-se indenizar as consequências dos direitos desrespeitados, que são a perda ou limitação do projeto de vida e da vida de relação. Neste caso, os ilícitos sofridos pelo trabalhador não ficam limitados apenas à sua vida profissional, mas ultrapassam barreiras atingindo a vida privada do indivíduo.

Ressalte-se que, nem todos ilícitos sofridos pelo empregado caracterizam o dano existencial. Para tanto, é necessário que este se sinta realmente prejudicado, que tenha uma perda real em seu ambiente familiar e social, o que deve ser comprovado em juízo. E mais, o dano não é só patrimonial e muito menos restrito às dimensões subjetivas do trabalhador, mas envolvem os aspectos relacionais, quais sejam, o ambiente do convívio familiar e do convívio em sociedade.

Neste trabalho foram analisadas a origem, as diferenças entre as outras espécies de danos, as causas da ocorrência do dano existencial e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, com o cuidado de se evidenciar apenas as questões relativas ao dano existencial, tanto na responsabilidade civil quanto na seara trabalhista.

Essa temática ainda está aberta no campo jurídico, ressaltando, assim, a importância de que tal debate seja apropriado pelo universo acadêmico, não só para fins de produção legislativa, mas, sobretudo, como resposta adequada e suficiente aos anseios das mudanças sociais configuradas nas relações de trabalho.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Kleber Henrique S. **Tema atuais de direito e processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2014.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial**: a tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/.../dano%20existencial.doc>. Acesso em: 11 Nov. 2014.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: Ltr, 2013.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. São Paulo, **Revista LTr**: Legislação do trabalho, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O dano existencial e o Direito do Trabalho**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 mar. 2015.

_____. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 12 maio 2015.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Instrução normativa nº 91, de 05 outubro de 2011**. Dispõe sobre a fiscalização para a erradicação do trabalho em condição análoga à de escravo e dá outras providências. Diário da União 06/10/2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

_____. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In: DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel; SENA, Adriana Goulart (coord.). **Dignidade humana e inclusão social**. São Paulo: Ltr, 2010b.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; MACHADO, Costa. **Constituição Federal Interpretada**. Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4. ed. Barueri: Manole, 2013.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Acesso em : <<http://jus.com.br/artigos/20349/noco-es-fundamentais-sobre-o-dano-existencial>> Acesso em: 11 nov. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. Abrangendo o Código de 1916 e o novo Código. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUEDES, Marcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

ITÁLIA. **Codice Civile Italiano de 16 de março de 1942**. Disponível em: <<http://www.diritto.it/codici/>>. Acesso em: 15 maio 2015.

LUÑO, Antonio Perez. **Los derechos fundamentales**. Barcelona: Tecnos, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009

_____. **Direitos fundamentais trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Dano existencial requer prova de prejuízo e nexos de causalidade**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-18/sonia-mascaro-dano-existencial-requer-prova-prejuizo-nexo-causalidade>>. Acesso em: 14 jun. de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - UNESCO. **Declaração universal dos direitos humanos**. Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 1988. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em 01 junho 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: 2006.

PORTUGAL. Sumário de Acórdãos, Legislação e Informação do Tribunal da Relação do Porto: **Boletim de circulação nº 37**. Disponível em: <www.trp.pt/ficheiros/boletim/trp_boletim37.doc>. Acesso em: 20 março 2015.

PORTUGAL. Os danos não patrimoniais na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça: **Sumários de Acórdãos de 2004 a Dezembro de 2012**. Disponível em: <<http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/cadernodanosnaopatrimoniais-2004-2012.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2015.

RONCHI, Carlos César. **Sentido do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Jornadas e pausas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. **RO: 00002531120135040029 RS 0000253-11.2013.5.04.0029**, Relator: Alexandre Corrêa da Cruz, Data de Julgamento: 15/05/2014. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129130808/recurso-ordinario-ro-2531120135040029-rs-0000253-1120135040029>> Acesso em: 12 maio 2015.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO TRT-4. **RO 0001492-57.2011.5.04.0017 RO**. Relator: José Felipe Ledur. Data de Julgamento: 13/11/2013. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128841254/recurso-ordinario-ro-14925720115040017-rs-0001492-5720115040017/inteiro-teor-128841263>>. Acesso em 15 jun. 2015.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. **RO: 01235201310210008 DF 01235-2013-102-10-00-8 RO**, Relator: Desembargador Dorival Borges de Souza Neto. Data de Julgamento: 23/07/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: 04/08/2014 no DEJT. Disponível em: <<http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/131108890/recurso-ordinario-ro-1235201310210008-df-01235-2013-102-10-00-8-ro/inteiro-teor-131108900>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR 14439420125150010**. Relatora Maria de Assis Calsing, julgado em: 15/04/2015, DEJT 17/04/2015. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182343323/recurso-de-revista-rr-14439420125150010>> Acesso em: 01 maio 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TST-RR-727-76.2011.5.24.0002**. Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/06/2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23549930/recurso-de-revista-rr-7277620115240002-727-7620115240002-tst/inteiro-teor-111743663>>. Acesso em: 15 jun. 2015.